Der Herausgabeanspruch des Eigentümers.

Inaugural-Dissertation

zur Erlangung der Doktorwürde der Hohen Juristischen Fakultät der Königlichen Universität Marburg.

ACAD. LUGD. BAT. BIBL.

Vorgelegt von

Ferdinand Schlemmer

Referendar aus Essen a. d. Ruhr.

1914

Gedruckt bei Fredebeul & Koenen, Essen an der Ruhr.

Referent: Professor Dr. Leonhard.

Inhaltsverzeichnis.

1. Teil. Der Anspruch (§ 985 BGB.). Seite

I. Voraussetzungen 7
II. Gegenstand der Herausgabe 23
III. Ort der Herausgabe 23
IV. Kosten 24
V. Inhalt des Anspruchs 24
VI. Rechtskraftwirkung des Urteils: auf „Herausgabe der Sache“ 29
VII. Rechtliche Natur des Anspruchs 30

2. Teil. Einreden.

A. in prozessualer Hinsicht. (§ 76 ZPO.) 31
B. in materieller Hinsicht. (§ 986 BGB.) 31
I. Wenn der Besitzer selbst dem Eigentümer gegenüber zum Besitze berechtigt ist 31
II. Die Einrede aus dem Recht des mittelbaren Besitzers 33
III. Rechtslage, wenn der mittelbare Besitzer dem Eigentümer gegenüber zur Weiterüberlassung des Besitzes nicht befugt war 36
IV. Einrede des Drittbesitzers aus § 986 Abs. 2 37
V. Wirkung der obligatorischen Einrederechte im Konkurse des Eigentümers 41
VI. Rechtliche Natur der Einreden 43

3. Teil. Haftung für Nutzungen und Schadenersatz. (§§ 987—993 BGB.)

I. Redlicher Besitzer 46
II. Besitzer nach eingetretener Rechtshängigkeit 55
III. Unredlicher Besitzer 57
IV. Besitzer, der sich durch verbotene Eigenmacht oder strafbare Handlung den Besitz verschafft hat 59
V. Rechtliche Natur der Ansprüche 62
VI. Verhältnis der §§ 987 ff zu den Vorschriften der unerlaubten Handlungen und vertraglichen Ansprüchen . 62

Literaturverzeichnis.

I. Lehrbücher.

Cosack, Lehrbuch des deutschen bürgerlichen Rechts, Bd. 2, Jena 1904.

Dernburg, Das bürgerliche Recht des Deutschen Reiches und Preußens (Sachenrecht), Halle 1904.

Endemann, Lehrbuch des bürgerlichen Rechts, Bd. 2, Berlin 1905.

Falkmann, Die Zwangsvollstreckung, Berlin 1908.

Hellwig, Lehrbuch des deutschen Zivilprozeßrechts, Leipzig 1901.

Männer, Das Sachenrecht des Bürgerlichen Gesetzbuches, München 1906.

Siméon, Recht und Rechtsgang im Deutschen Reich, Berlin 1913.

Windscheid, Lehrbuch des Pandektenrechts, bearbeitet von Kipp, 1906.

Wolff, Lehrbuch des bürgerlichen Rechts, Sachenrecht, Marburg 1910.

II. Kommentare.

Biermann, Das Sachenrecht, Berlin 1903.

Gaupp-Stein, Die Zivilprozeßordnung für das Deutsche Reich, Tübingen 1913.

Goldmann-Lilienthal, Das Bürgerliche Gesetzbuch (Sachenrecht), Berlin 1912.

Jaeger, Kommentar zur Konkursordnung, Berlin 1904.

Oertmann, Das Bürgerliche Gesetzbuch, Recht der Schuldverhältnisse, Berlin 1910.

Planck, Das Bürgerliche Gesetzbuch, Sachenrecht, Berlin 1905.

Reichsgerichtsräte, Das Bürgerliche Gesetzbuch, Berlin 1913.

Seuffert, Kommentar zur Zivilprozeßordnung, München 1910.

Staudinger, Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Sachenrecht, München und Berlin 1912.

III. Einzelschriften.

Bunsen, Der Schutz des Eigentums im Bürgerlichen Gesetzbuch, in Bernhöft und Binders Beiträge, Heft 6, S. 429 ff.

Crome, Die juristische Natur der Miete nach dem bürgerlichen Gesetz in Jehrings Jahrbücher für Dogmatik, Bd. 37.

Eck, Vorträge über das Recht des Bürgerlichen Gesetzbuches, Bd. 2, 1904.

Fischer, Die Rechtswidrigkeit, München 1911.

Gierke, Die Bedeutung des Fahrnisbesitzes für streitiges Recht, Jena 1897.

Gierke, Ist nach den Vorschriften des Bürgerlichen Gesetzbuches die Verfolgung des dinglichen Rechts auch gegen den mittelbaren Besitzer zulässig? Verhandlungen des 24. Deutschen Juristentages, Bd. 3, S. 29—50.

Hellwig, Anspruch und Klagrecht, Jena 1900.

Hellwig, Wesen und subjektive Begrenzung der Rechtskraft, Leipzig 1901.

Kohler, Zwölf Studien zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Berlin 1900.

Kretzschmar, Das Eigentum an Grundstücken, im Sächsischen Archiv für bürgerliches Recht, Bd. 12.

Kunze, Die Haftung des Schuldners für den Schaden des Drittbeteiligten, Berlin 1909.

Langheinecken, Anspruch und Einrede, Leipzig 1903.

Lehmann, Die Unterlassungspflicht, München 1906.

Leonhard, F., Die Vertretung beim Fahrniserwerb, Leipzig 1899.

Prym, Die Konkurrenz des Anspruchs aus dem Vertrage mit dem Anspruche aus unerlaubten Handlungen, Berlin 1906.

Rappaport, Die Einrede aus dem fremden Rechtsverhältnis, Berlin 1904.

Siber, Der Rechtszwang im Schuldverhältnis, Leipzig 1903.

Siber, Die Passivlegitimation bei der rei vindicatio, Leipzig 1907.

Sokolowski, Der Besitz im klassischen Recht und dem deutschen bürgerlichen Gesetz, Halle 1907.

Stammler, Die Einrede aus dem Recht eines Dritten, Halle 1900.

Strohal, Der Sachbesitz nach dem Bürgerlichen Gesetzbuch, in Jehrings Jahrbücher, Bd. 38.

Strohal, Ist nach dem Bürgerlichen Gesetzbuch die Verfolgung des dinglichen Rechts auch gegen den mittelbaren Besitzer zulässig? Verhandlungen des 24. Deutschen Juristentages, Berlin 1898, Bd. 3, S. 129.

von Tuhr, in Kritische Vierteljahrsschrift für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft, Bd. 43, Heft 4, S. 589.

Weyl, System der Verschuldungsbegriffe, München 1905.

Wolff, Das Recht zum Besitz. in Festgabe der juristischen Gesellschaft für Dr. Richard Koch, Berlin 1903.

Wendt, Der mittelbare Besitz des Bürgerlichen Gesetzbuches, in Archiv für die zivilistische Praxis, Bd. 87.

Wendt, Ist nach dem Bürgerlichen Gesetzbuch die Verfolgung des dinglichen Rechts auch gegen den mittelbaren Besitzer zulässig? Verhandlungen des 24. Deutschen Juristentages, Bd. 3, S. 3—28.

IV. Motive und Protokolle.

Mugdan, Die gesamten Materialien zum Bürgerlichen Gesetzbuch für das Deutsche Reich, III. Bd., Berlin 1899.

1. Teil.

Der Anspruch.

(§ 985 BGB.)

I. Voraussetzungen.

Der Eigentumsanspruch im weiteren Sinne ist darauf gerichtet, daß sich niemand mit dem Eigentumswillen — der im Eigentumsrecht anerkannten Willensordnung — in tatsächlichen Widerspruch setzt. Dieser Anspruch in seiner Allgemeinheit gründet sich auf § 903 BGB., wonach der Eigentümer einer Sache nach Belieben mit derselben verfahren und andere von jeder Einwirkung ausschließen kann. Soweit bloße Störungen des Eigentums vorliegen, steht dem Eigentümer der Anspruch aus § 1004 BGB. zu, soweit Veränderungen des Besitzstandes in Betracht kommen, der Anspruch auf Herausgabe der Sache aus § 985 BGB. (Eigentumsanspruch im engeren Sinne): „Der Eigentümer kann von dem Besitzer die Hergabe der Sache verlangen".

Zur Entstehung des Herausgabeanspruches ist keineswegs, wie aus dem Wortlaut des § 1004 BGB. gefolgert werden könnte, eine Beeinträchtigung des Eigentums durch Entziehung oder Vorenthaltung des Besitzes erforderlich. Es genügt, daß ein Zustand besteht, der dem Eigentumsrecht widerspricht. Dies ist aber bereits dann der Fall, wenn ein anderer als der Eigentümer den Besitz der Sache erlangt hat.

1. a) Anspruchsberechtigt ist der Eigentümer der Sache.

Da der Begriff Eigentum ein Rechtsbegriff ist, genügt der Eigentümer im Prozesse seiner Behauptungspflicht nicht damit, daß er sich auf sein Eigentum beruft, sondern er hat die Tatsachen vorzutragen, aus denen sich der Erwerb des Eigentums als Rechtsfolge ergibt; bei abgeleitetem Besitz muß er auch den Nachweis des Eigentums der Rechtsvorgänger führen. Durch die Rechtsvermutungen der §§ 891, 1006 BGB. wird sich diese

Beweisführung jedoch regelmäßig erübrigen oder wesentlich vereinfachen.

Grundsätzlich muß der Kläger zur Zeit der Klageerhebung Eigentümer der Sache sein. Es genügt jedoch auch, wenn er das Eigentum im Laufe des Rechtsstreites vor dem Schlusse der mündlichen Verhandlung erwirbt, auf welche das Urteil ergeht. Die infolge dieses nachträglichen Erwerbes des Eigentums eingetretene Veränderung in der Sach- und Rechtslage darf aber nicht erschwerend auf die Rechtsverteidigung des Beklagten einwirken[1].

b) Macht der Miteigentümer den Herausgabeanspruch hinsichtlich der ganzen Sache geltend, so muß er die Herausgabe an alle Miteigentümer gemeinsam oder Hinterlegung für alle, oder, falls sich die Sache zur Hinterlegung nicht eignet, Herausgabe an einen gerichtlich zu bestellenden Verwahrer verlangen. Gegenüber einem Miteigentümer steht ihm der Anspruch nur in Höhe eines Bruchteiles zu (§§ 1011, 432 BGB.).

c) Auch der Zessionar des Herausgabeanspruchs ist anspruchsberechtigt. Der Eigentumsanspruch kann nämlich ohne gleichzeitige Übertragung des Eigentums, also losgelöst von diesem, abgetreten werden[2]. Es handelt sich hier nicht um den Fall, daß der Eigentümer zum Zwecke der Eigentumsübertragung den Herausgabeanspruch abtritt (§ 931 BGB.), sondern der Zedent bleibt Eigentümer der Sache. Vornehmlich kommen solche Fälle in Betracht, in denen er den Herausgabeanspruch abtritt, um dem Zessionar den Besitz der Sache zur Ausübung eines dinglichen oder persönlichen Rechts zu verschaffen. Beispiel: Der Eigentümer A verpfändet oder vermietet dem B eine im Besitz des C befindliche Sache, indem er ihm gleichzeitig den Herausgabeanspruch gegen C abtritt.

Da im Gesetze keine Sonderbestimmungen enthalten sind, wird man hier die allgemeinen Vorschriften des Schuldrechts über die Abtretung von Forderungsrechten (§§ 398 ff. BGB.)

---

[1] R. G. 57, 47.

[2] Goldmann-Lilienthal, § 50 I, Komm. der R.-G.-Räte zu § 985 Anm. 5; Staudinger zu § 985 VI; Cosack, Lehrb., § 211 I 1. R. G. 27, 154; 52, 277.

anwenden müssen unter Berücksichtigung der dinglichen Natur des Herausgabeanspruchs[1].

Aus der dinglichen Natur des Anspruchs ergibt sich, daß der übertragene Anspruch fortgesetzt von dem Eigentum des Zedenten abhängig ist. Geht das Eigentum an der Sache unter, oder verliert der Zedent das Eigentum, so erlischt der Herausgabeanspruch. Auch kann der Anspruch niemals gegen den Eigentümer geltend gemacht werden, denn wenn der Eigentümer den Besitz der Sache erlangt, ist der dem Eigentumsrecht entsprechende Zustand hergestellt und damit die Voraussetzungen des Herausgabeanspruchs entfallen.

Unter Berufung auf die dingliche Natur des Anspruchs wird verschiedentlich, m. E. zu Unrecht, die Meinung vertreten[2], daß er untrennbar mit dem Eigentum verbunden und daher selbständig, ohne gleichzeitige Übertragung des Eigentums, nicht abgetreten werden könne.

2. Anspruchsverpflichtet ist der Besitzer der Sache, und zwar muß er sich zur Zeit der Klageerhebung im Besitze der Sache befinden. Führt der Kläger diesen Nachweis, so hat er damit seiner Beweispflicht genügt. Geht später im Laufe des Prozesses die Sache unter, so trifft die Beweislast für diese Veränderung den Beklagten.

Veräußert der Beklagte die Sache nach Eintritt der Rechtshängigkeit an einen Dritten, so hat die Veräußerung auf den Rechtsstreit keinen Einfluß. Das rechtskräftige Urteil wirkt auch gegenüber dem dritten Erwerber. Dieser ist ohne Zustimmung des Klägers nicht berechtigt, an Stelle des Rechtsvorgängers als Beklagter in den Prozeß einzutreten, er hat nur die Möglichkeit als Nebenintervenient beizutreten. Im Falle gutgläubigen Erwerbes (§§ 892, 932 BGB.) kann er dem Kläger den Einwand der damit eingetretenen mangelnden Aktivlegitimation entgegenhalten (§§ 265, 325 ZPO.).

a) Anspruchsverpflichtet ist jeder Besitzer, gleichgültig ob Eigen- oder Fremdbesitzer, Allein-, Mit- oder Teilbesitzer, unmittelbarer oder mittelbarer Besitzer.

---

[1] Mot. S. 399.

[2] Wolff, Lehrb. § 84 V.; Männer, Lehrb. S. 221, Anm. 4.

Was den mittelbaren Besitzer angeht, so kann es nicht zweifelhaft sein, daß der Eigentümer in der Lage sein muß, neben dem unmittelbaren Besitzer gleichzeitig den mittelbaren Besitzer zu verklagen, um so die Weiterungen zu vermeiden, welche sich im Falle der Erhebung der Klage gegen den unmittelbaren Besitzer allein durch Benennung des rechten Besitzers gemäß § 76 ZPO. ergeben können[1].

Streitig war früher die Frage, ob die Klage auch gegen den mittelbaren Besitzer allein und unmittelbar gegeben sei; doch sind wohl heute kaum noch Zweifel über die Zulässigkeit dieser Klage vorhanden.

Als Gründe kommen in Betracht:

Die Entstehungsgeschichte des § 985 BGB.:

Der E I § 929 gab den Anspruch auf Herausgabe der Sache sowohl gegen den Besitzer wie den Inhaber der Sache. Unter „Innehabung" verstand der E I die tatsächliche Gewalt über die Sache; beim „Besitz" mußte der Wille hinzukommen, die Sache zu besitzen. Man gab den Herausgabeanspruch gegen beide, weil sowohl der Besitz, als auch die Innehabung einer andern Person der Verwirklichung des Eigentums entgegenstehe[2].

Bei der Beratung des E II[3] wurde diese Frage verschiedentlich erörtert. Zunächst wurde beschlossen, die Klage lediglich gegen den unmittelbaren Besitzer zu geben. Ein von der Minderheit der Kommission gestellter Antrag, dem Eigentümer gegen den mittelbaren Besitzer einen Anspruch auf Einräumung des mittelbaren Besitzes bzw. einen durch die Rückerlangung des unmittelbaren Besitzes bedingten Anspruch auf Herausgabe zu geben, wurde abgelehnt. Auch ein zweiter Versuch der Minderheit, diese Anträge durchzubringen, mißlang. Es wurde sogar beschlossen, die Beschränkung des Anspruchs auf den unmittelbaren Besitzer durch Aufnahme einer entsprechenden Gesetzesvorschrift zum Ausdruck zu bringen. Im Anschluß hieran erhielt der E II § 899 folgenden Zusatz als Absatz 2: „Gegenüber einem

---

[1] Strohal-Jehr. Jahrb. 38, 45; Gierke, Gutachten S. 41.

[2] Mot. III, 398.

[3] Prot., S. 3941 ff.; 6037; 8558 (Mugdan, S. 666 ff.)

mittelbaren Besitzer steht dem Eigentümer ein Anspruch auf Überlassung des mittelbaren Besitzes nicht zu". Bei der Revision für den Schlußentwurf gab jedoch die Kommission den bisher vertretenen Standpunkt auf und beschloß, den oben erwähnten § 899, Abs. 2, zu streichen. Man ging hierbei von folgenden, von der früheren Minderheit der Kommission angestellten Erwägungen aus: Das gemeine Recht gewähre die rei vindicatio auch gegenüber dem mittelbaren Besitzer. Es müsse ferner auffällig erscheinen, wenn der mittelbare Besitzer in allen übrigen Beziehungen als Besitzer behandelt und nur bez. der Passivlegitimation bei der Eigentumsklage eine Ausnahme gemacht würde. Es ergebe sich ferner bei Versagung des Eigentumsanspruchs gegenüber dem mittelbaren Besitzer die Notwendigkeit, die Vorschriften über die Verjährung abzuändern, da der Eigentumsanspruch, wenn man ihn gegenüber dem mittelbaren Besitzer versage, auch diesem gegenüber nicht verjähren könne.

In der Reichstagsvorlage (§ 969) und dem BGB. (§ 985) ist der obenerwähnte Absatz 2 des E II § 899 nicht mehr vorhanden.

Hieraus ist der Schluß gerechtfertigt, daß durch die Streichung des erwähnten Absatzes 2 zum Ausdruck gebracht werden sollte, daß die Eigentumsklage auch gegenüber einem mittelbaren Besitzer zulässig sei.

Von Wendt[1] sind bei der Darstellung der Entstehungsgeschichte des § 985 BGB. nicht berücksichtigt die in den sog. Revisionsprotokollen niedergelegten Verhandlungen der II. Kommission, in denen, wie oben ausgeführt, die Streichung des Absatzes 2 E II § 899 beschlossen wurde. Die von ihm aus der Entstehungsgeschichte hergeleiteten Gründe für die Versagung des Eigentumsanspruches gegen den mittelbaren Besitzer sind daher wegen der Unvollständigkeit des benutzten Materials nicht zutreffend[2].

Für die Entscheidung der Frage ist weiter erheblich das Wesen des mittelbaren Besitzes und seine Bedeutung und Stellung im Besitzrecht des BGB.

---

[1] Gutachten S. 3 ff., Archiv f. ziv. Prax., Bd. 87, S. 70.

[2] Fischer in D. J.-Z. 1898, S. 368 ff.

Unter „mittelbaren Besitz“ ist der durch den Besitz eines andern vermittelte Besitz zu verstehen, und zwar muß diese Vermittelung beruhen auf einem Rechtsverhältnis der in § 868 BGB. bezeichneten Art. Der Begriff des mittelbaren Besitzes ist eine Neuschaffung des BGB., in welchem überhaupt das Besitzrecht auf neue Grundlagen gestellt worden ist. Es geht bei der Begriffsbestimmung des Besitzes von der Auffassung des täglichen Lebens aus. Von diesem Standpunkte aus räumt das Gesetz jedem selbständigen Inhaber einer Sache (Mieter, Pächter) die Stellung eines Besitzers im technischen Sinne ein. Damit ergab sich aber nun andererseits die Notwendigkeit, dafür Sorge zu tragen, daß auch die besitzrechtlichen Beziehungen desjenigen, der die Sache weitergab (Vermieter, Verpächter) zu der übergebenen Sache nicht völlig gelöst werden. Diese durch die Ausdehnung des Besitzbegriffes auf der einen Seite entstehende Lücke wurde dadurch ausgefüllt, daß man den Begriff des mittelbaren Besitzes schuf. Man ging hierbei im Einklang mit der Verkehrsanschauung und dem praktischen Bedürfnis von der Erwägung aus, daß neben demjenigen, welcher die tatsächliche Gewalt der Sache innehat, auch der Person ein gewisser Grad von Macht über die Sache verbleibt, welche sie auf Grund eines im § 868 BGB. bezeichneten Rechtsverhältnisses aus den Händen gibt. Diese Macht beruht eben auf dem Rechtsverhältnis, in dem der unmittelbare und mittelbare Besitzer zueinander stehen[1]. Der mittelbare Besitz ist demnach wirklicher Besitz, sein Wesen besteht in einer stark vergeistigten Sachherrschaft[2]. Nach Wendt[3] stellt sich der mittelbare Besitz dar als eine auf dem unmittelbaren Besitz beruhende und von diesem abhängige Nebenwirkung, als eine Fiktion, um auch dem mittelbaren Besitzer im Falle verbotener Eigenmacht Besitzesschutz zu gewähren. Hierin erschöpft sich nach seiner Auffassung die Bedeutung des mittelbaren Besitzes. Zur Begründung seiner Ansicht beruft er sich auf die Entstehungsgeschichte des § 868 BGB.,

---

[1] Leonhard, S. 70.

[2] Wolff, Lehrb. S. 16.

[3] Archiv f. ziv. Prax. S. 60; Gutachten S. 5 ff.; Bartels, Gruchot, Beiträge 42, 652.

ferner auf die Rechtsentwickelung mit der Behauptung, daß das BGB. ebensowenig wie das römische Recht ein Doppelbesitzverhältnis an einer Sache anerkenne. Die von Wendt aus der Entstehungsgeschichte des § 868 BGB. gezogenen Schlüsse sind aber hier, ebenso wie bei der Entstehungsgeschichte des § 985 BGB., infolge des von ihm benutzten unvollständigen Materials unzutreffend[1].

Ebenso führt er mit Unrecht die Rechtsentwickelung zur Begründung seiner Ansicht an. Bereits das ältere römische Recht erkannte in den Fällen des Pfandbesitzes und des prekaristischen Besitzes neben dem Besitz des Pfandgläubigers und des Prekaristen auch einen Besitz des Verpfänders und des prekario dans an. Das spätere römische Recht mit der philosophischen Konstruktion seines Besitzbegriffes, als der unmittelbaren Beziehung des Subjekts zum Sachbegriff und zu seinem physischen Substrat, lehnte allerdings ein Besitzverhältnis mehrerer Personen nebeneinander an ein und derselben Sache grundsätzlich ab[2]. Dieser Standpunkt des römischen Rechts ist aber für das heutige Recht schon deshalb nicht maßgeblich, weil, wie eben erwähnt, die Römer selbst einen solchen doppelten Besitz zugelassen haben. Im älteren deutschen Recht finden sich auch solche Doppelbesitzverhältnisse in den Fällen der Lehns- und Pachtgewere gegenüber der Eigengewere; ebenso im preußischen Recht in seinem vollständigen und unvollständigen Besitz. (ALR. I, 7, § 124.)

Des weiteren spricht der Wortlaut des § 868 BGB.: „so ist auch der andere Besitzer" gegen die Annahme eines nur fingierten Besitzes. Bei der Vorliebe des BGB. für Fiktionen wäre, wie Gierke[3] mit Recht hervorhebt, eine solche Auffassung ohne Zweifel dadurch zum Ausdruck gekommen, daß im § 868 BGB. gesagt worden wäre, „so gilt der andere als Besitzer".

Wenn somit der mittelbare Besitz als wahrer Besitz anzusehen ist, so ergibt sich hieraus, daß überall da, wo im Gesetz von Besitz allgemein die Rede ist, auch der „mittelbare Besitz"

---

[1] Prot., S. 6036 (Mugdan, S. 516).

[2] Sokolowski, S. 251.

[3] Gutachten S. 23.

einbegriffen ist, es sei denn, daß im einzelnen Falle aus dem Sinn, Zweck oder Zusammenhang der Vorschriften besondere Gründe dagegen sprechen[1].

Solche Gründe liegen aber beim Herausgabeanspruch des Eigentümers nicht vor, vielmehr lassen das Wesen des Anspruchs und das praktische Bedürfnis die Ausdehnung auf den mittelbaren Besitzer gerechtfertigt erscheinen.

Es ist allerdings nicht zu verkennen, daß im Falle abgeleiteten Besitzes ein rein äußerliches, körperliches Moment für die Klageerhebung gegen den unmittelbaren Besitzer spricht, weil dieser die Sache tatsächlich in Händen hat. Aber geht man von dem Wesen des Eigentumsanspruchs aus, so ergibt sich, daß in Wahrheit der mittelbare Besitzer der wahre Beklagte ist[2]. Er steht dem Eigentumsrecht des Klägers entgegen, während der unmittelbare Besitzer meist gar kein Interesse an dem Ausgange des Rechtsstreits hat, höchstens insoweit, als ihm ein persönliches oder dingliches Recht an der Sache zusteht.

Wenn man auf die Benennung des rechten Besitzers gemäß § 76 ZPO. hinweist, wodurch der mittelbare Besitzer in den Rechtsstreit hineingezogen werde, so bedeutet dies zunächst nur einen mit Kosten und Zeitverlust verbundenen Umweg. Andererseits besteht aber auch die Möglichkeit, daß der verklagte unmittelbare Besitzer von seinem Rechte, den mittelbaren Besitzer zu benennen, keinen Gebrauch macht. Dann erlangt zwar der Eigentümer von dem unmittelbaren Besitzer die Herausgabe der Sache, aber das erwirkte Urteil hat seinem eigentlichen Gegner, dem mittelbaren Besitzer gegenüber, keine Rechtskraft. Es stehen jetzt neue Prozesse bevor, auf der einen Seite eine Klage des Eigentümers gegen den mittelbaren Besitzer, auf der andern Seite eine Klage des mittelbaren Besitzers gegen den Eigentümer.

Die Eigentumsfeststellungsklage kann dem Eigentümer keinen Ersatz bieten, weil sie einen ganz andern Inhalt hat.

---

[1] Strohal-Jehr., Jahrb. 38, 29; Referat S. 129 ff.; Gierke, Gutachten S. 42; Biermann, Planck, Staudinger zu § 868 BGB.

[2] Dernburg, Lehrb. S. 367; Endemann, Lehrb. S. 586; Fischer, D. J.-Z. 1898, S. 367.

Wendt[1] behauptet, der Eigentümer erreiche seinen Zweck vollkommen, wenn er dem mittelbaren Besitzer außergerichtlich von seinem Eigentume Mitteilung mache, denn dadurch mache er ihn bösgläubig und damit gegebenenfalls schadenersatzpflichtig. Letzteres trifft nicht einmal in allen Fällen zu, denn für den nachträglich eintretenden bösen Glauben ist Kenntnis erforderlich, fahrlässige Unkenntnis oder bloßer Zweifel genügen nicht. Abgesehen davon ist aber auch regelmäßig eine Schadenersatzklage schon allein mit Rücksicht auf die Schwierigkeit des Schadensnachweises gegenüber einer Klage auf Herausgabe der Sache nicht als gleichwertig anzusehen.

Auch das praktische Bedürfnis spricht für die Zulassung der Eigentumsklage gegen den mittelbaren Besitzer.

In vielen Fällen ist dem Eigentümer gar nicht bekannt, daß der Besitzer einem Dritten den Besitz weiter überlassen hat. Ferner sind Fälle denkbar, in denen der Eigentümer die Sache ohne Inanspruchnahme des mittelbaren Besitzers gar nicht auffinden kann, falls nämlich dem Eigentümer der unmittelbare Besitzer unbekannt ist, so im folgenden von Gierke[2] erwähnten Beispiel: Jemand hat ein Buch verloren und erfährt, daß es an eine Leihbibliothek verkauft und dort ausgeliehen worden ist. Dem Verlierer wird regelmäßig die Person des Entleihers nicht bekannt sein. Es bleibt ihm also, wenn er zu seinem Recht kommen soll, nur die Möglichkeit, gegen den mittelbaren Besitzer, den Bibliothekar, vorzugehen.

Sind Wertpapiere bei einer Bank in Depot gegeben oder Waren in einem Lagerhause hinterlegt, so entspricht es der Auffassung und den Bedürfnissen des täglichen Lebens, nicht die Inhaber des Bank- bzw. Lagerhauses, sondern unmittelbar den Hinterleger der Wertpapiere bzw. der Waren, die mittelbaren Besitzer, zu verklagen.

Oft ist auch der mittelbare Besitz von nur so vorübergehender Dauer, daß eine Klageerhebung gegen den unmittelbaren Besitzer völlig unpraktisch wäre, so z. B. bei in Reparatur gegebenen Sachen oder bei Waren, die zur Ansicht verschickt sind.

---

[1] Gutachten S. 20.

[2] Gutachten S. 44.

Auch der Umstand, daß die Grenze zwischen Besitzer und Besitzdiener sehr flüssig und daher für den Eigentümer schwer erkennbar ist, kann zur Begründung herangezogen werden. Strengt nämlich der Eigentümer die Klage gegen einen Besitzdiener an, in der Meinung, es handle sich um einen Besitzer, so wird er mit seiner Klage abgewiesen. Dieses Ergebnis erscheint unbillig, wenn der Eigentümer, weil er sich in der Beurteilung der Besitzlage geirrt hat, mit der Klage abgewiesen werden muß[1].

Unter Umständen hat der Eigentümer auch nur ein Interesse daran, den mittelbaren Besitzer zu verklagen, so bei Miet- und Pachtverhältnissen, wenn er die unmittelbaren Besitzer (Untermieter, Unterpächter) in ihrem Besitz belassen und nur die Rechtsbeziehungen zu dem mittelbaren Besitzer lösen will.

Endlich gibt es Fälle, in denen der Eigentümer fast rechtlos dastehen würde, wenn man ihm die Klage gegen den mittelbaren Besitzer versagen würde. Hat z. B. der Mieter einer Sache einem Dritten ein Pfandrecht an der gemieteten Sache eingeräumt, welches dieser kraft guten Glaubens erworben hat, so ist letzterer gegenüber der Klage des Eigentümers auf Herausgabe der Sache berechtigt, gemäß § 986 BGB. die Leistung zu verweigern. Es würde nun jedem Rechtsgefühl widersprechen, wenn man hier dem Eigentümer die Klage gegen den mittelbaren Besitzer versagen wollte, wodurch ihm die Möglichkeit gegeben ist, wenigstens den mittelbaren Besitz der Sache zurückzuerlangen[2].

Nach alledem kann die Zulässigkeit des Herausgabeanspruchs des Eigentümers gegen den mittelbaren Besitzer nicht zweifelhaft sein[3].

Dieses Ergebnis wird auch bestätigt: zunächst durch die Vorschrift des § 991 Absatz 1 BGB.: „Leitet der Besitzer das Recht zum Besitz von einem mittelbaren Besitzer ab, so finden die Vorschriften des § 990 BGB. in Ansehung der Nutzungen nur Anwendung, wenn die Voraussetzungen des § 990 auch bei dem

---

[1] Vgl. unter c.

[2] Gierke, Gutachten S. 41—46.

[3] So die allgemein herrschende Meinung.

mittelbaren Besitzer vorliegen oder diesem gegenüber die Rechtshängigkeit eingetreten ist".

Die Behauptung Wendts, daß diese Rechtshängigkeit gegenüber dem mittelbaren Besitzer lediglich auf dem Wege des § 76 ZPO. eintreten könne, ist verfehlt[1]. Für eine Anwendung des § 76 ZPO. ist bei der Vorschrift des § 991 Absatz 1 BGB. gar kein Raum, denn diese Vorschrift hat den Fall im Auge, daß die Klage zuerst gegen den mittelbaren Besitzer, und erst nach eingetretener Rechtshängigkeit diesem gegenüber die Klage gegen den unmittelbaren Besitzer erhoben wird.

Ferner wäre ohnedies die Vorschrift des § 76 ZPO. gar nicht verständlich. Wenn nämlich das Prozeßrecht dem unmittelbaren Besitzer die Möglichkeit gibt, durch Benennung seines mittelbaren Besitzers aus dem Prozeß auszuscheiden, so ist nicht einzusehen, weshalb nicht andererseits dem Eigentümer das Recht zustehen sollte, unter Umgehung des unmittelbaren Besitzers sogleich den mittelbaren Besitzer zu verklagen[2].

Aus dem Umstande, daß in § 941 BGB. nur von der Unterbrechung der Verjährung durch Klageerhebung gegen den unmittelbaren Besitzer die Rede ist, kann nicht mit Wendt[3] gefolgert werden, daß die Klage gegenüber einem mittelbaren Besitzer nicht zulässig ist. Damit ist noch keineswegs gesagt, daß nicht auch durch Klagerhebung gegen den mittelbaren Eigenbesitzer die Verjährung unterbrochen werden könne, denn unter den Begriff „Eigenbesitzer" fällt auch der mittelbare Besitzer[4].

Es erhebt sich nun die weitere Frage, worauf der Herausgabeanspruch des Eigentümers gegen den mittelbaren Besitzer gerichtet ist.

Naturgemäß kann der Eigentümer von dem mittelbaren Besitzer nur das verlangen, zu dessen Herausgabe letzterer imstande ist: die Übertragung des mittelbaren Besitzes. Es

---

[1] Strohal, Ref. S. 137 f.

[2] Sokolowski, S. 266.

[3] Gutachten S. 27.

[4] Gierke, Fahrnisbesitz S. 54, Anm. 27; Fischer, D. J.-Z. 1898, S. 368.

herrscht nun Streit darüber, ob der Eigentümer den Klageantrag auf „Herausgabe der Sache" oder auf „Einräumung des mittelbaren Besitzes" bzw. „Abtretung des Herausgabeanspruchs" zu richten habe. Zweifellos kann der Eigentümer auf „Einräumung des mittelbaren Besitzes" oder auf „Abtretung des Herausgabeanspruchs" klagen (§ 281 BGB.). Mit der Rechtskraft dieses Urteils gilt dann gemäß § 894 ZPO. die Abtretung als erklärt.

Mit Rücksicht auf den Wortlaut des § 985 unterliegt es aber auch keinen Bedenken, den Klageantrag auf „Herausgabe der Sache" zu richten, denn der Kläger kann nicht verpflichtet sein, den Klageantrag korrekter zu fassen, als der Wortlaut der Gesetzesbestimmung es verlangt[1]. Bedenken könnten erst bei der Zwangsvollstreckung eines solchen Urteils auf „Herausgabe der Sache" gegenüber einem mittelbaren Besitzer entstehen. Diese werden aber ausgeräumt durch die Vorschrift des § 886 ZPO.: „Befindet sich eine herauszugebende Sache im Gewahrsam eines Dritten, so ist dem Gläubiger auf dessen Antrag der Anspruch des Schuldners auf Herausgabe der Sache nach den Vorschriften zu überweisen, welche die Pfändung und Überweisung einer Geldforderung betreffen".

Im übrigen ist auch in dem Antrag auf „Herausgabe der Sache" der Antrag auf „Einräumung des mittelbaren Besitzes" bzw. „Abtretung des Herausgabeanspruchs" als ein Minus enthalten.

Damit erledigen sich die Bedenken Wendts[2], welcher den Umstand, daß der mittelbare Besitzer in tatsächlicher Beziehung gar nicht in der Lage sei, dem Verlangen des Klägers auf „Herausgabe der Sache" gerecht zu werden, als einen der Hauptgründe für seine Ansicht verwendet.

Mit einer Verurteilung des mittelbaren Besitzers zur „Herausgabe der Sache" wird man auch den Interessen des Eigentümers am besten gerecht. Lautet nämlich das Urteil gegen den mittelbaren Besitzer lediglich auf „Einräumung des mittelbaren

---

[1] Biermann zu § 985, 3; Kretzschmar, Sächs. Arch. Bd. 12, S. 642; R. G. in J. W. 1910, S. 111.

[2] Gutachten S. 6; Arch. f. ziv. Prax., Bd. 87, S. 69.

Besitzes" bzw. „Abtretung des Herausgabeanspruchs" und erlangt der mittelbare Besitzer nach Erwirkung dieses Urteils den unmittelbaren Besitz der Sache zurück, so ist eine Vollstreckung aus diesem Urteil unmöglich. Lautet dagegen das Urteil auf „Herausgabe der Sache", so ist ein solches Urteil zur Vollstreckung geeignet, sowohl für den Fall, daß der Beklagte zur Zeit der Vollstreckung noch mittelbarer Besitzer ist (gemäß § 886 ZPO.), als auch für den Fall, daß er den unmittelbaren Besitz der Sache wiedererlangt hat (gemäß § 883 ZPO.)[1].

Wenngleich sich Planck[2] auch der Zweckmäßigkeit dieser Gründe nicht verschließt, so hält er dennoch aus folgenden Gründen den Antrag auf Herausgabe der Sache für unstatthaft und nur einen Antrag auf Übertragung des mittelbaren Besitzes für möglich: Wenn der mittelbare Besitzer zur Herausgabe der Sache rechtskräftig verurteilt sei, so habe der Eigentümer die Möglichkeit, ihm gemäß § 283 BGB. eine Frist zur Herausgabe der Sache mit der Erklärung zu bestimmen, daß er die Annahme der Leistung nach dem Ablauf der Frist ablehne. Nach fruchtlosem Ablauf der Frist sei dann der Eigentümer berechtigt, Schadenersatz wegen Nichterfüllung zu verlangen. Ein derartiges Ergebnis sei aber nicht in Einklang zu bringen mit der Vorschrift des § 993 Absatz 1, Satz 2, BGB., nach welcher der redliche Besitzer, welcher vor der Rechtshängigkeit den Besitz auf eine andere Person übertragen habe, zum Schadenersatz nicht verpflichtet sei. Diese Begründung scheitert aber daran, daß in dem von Planck gewählten Beispiel die Anwendung des § 283 BGB. — soweit ein redlicher Besitzer in Betracht kommt — ausgeschlossen ist. Die Schadenersatzpflicht des Besitzers gegenüber dem Eigentümer ist nämlich, wie unten[3] näher dargelegt ist, in den §§ 987—993 BGB. erschöpfend geregelt.

Schwierigkeiten bei der Zwangsvollstreckung könnten sich nur dann ergeben, wenn ein Urteil gegen den mittelbaren Besitzer auf „Einräumung" des „unmittelbaren Besitzes" lautete.

---

[1] Strohal, Ref. S. 135.

[2] Zu § 985 1 b; ebenso Endemann, Lehrb., S. 354; Gierke, Gutachten a. a. O.

[3] Vgl. unten S. 51 ff.

b) Zwei Fälle der sog. ficta possessio des römischen Rechts: qui liti sese obtulit und qui dolo desiit possidere sind im Gesetz beim Herausgabeanspruch des Eigentümers (§ 985 ff.) nicht geregelt. Es bedurfte auch keiner ausdrücklichen Regelung dieser Fälle, weil sie durch die bestehenden Vorschriften getroffen werden.

Der erste Fall ist der, daß ein Nichtbesitzer sich fälschlich als Besitzer ausgibt, in der Absicht, an Stelle des wahren Besitzers den Prozeß auf seine Person zu lenken. Ein Anspruch auf Herausgabe der Sache kommt hier nicht in Betracht, es fragt sich nur, ob ein Ersatzanspruch gegeben ist. Falls die Umstände so gelagert sind, daß in der Vorspiegelung der falschen Tatsache durch den Beklagten, er sei Besitzer, ein Delikt zu finden ist, kommen die Vorschriften der unerlaubten Handlung zur Anwendung, im übrigen lediglich prozessuale Grundsätze. Gesteht der Beklagte im Prozeß zu, Besitzer zu sein, so stellt sich diese Erklärung als ein gerichtliches Geständnis dar, welches gemäß § 290 ZPO. nur wegen Irrtums widerrufen werden kann. Nach Rechtskraft des Urteils kann der Kläger dem Beklagten eine Frist gemäß § 283 BGB. bestimmen und nach fruchtlosem Ablauf der Frist den Geldersatz der Sache fordern (§§ 283 BGB., 893 ZPO.). Einem solchen Urteile gegenüber hat eine Zwangsvollstreckungsgegenklage des unterliegenden Beklagten mit der Begründung, er sei nicht Besitzer und niemals Besitzer gewesen, keinen Erfolg, weil diese Einwendung nicht nach dem Schlusse der mündlichen Verhandlung, auf welche das Urteil ergangen, entstanden ist, sondern bereits in dem Rechtsstreit geltend gemacht werden konnte (§ 767 ZPO.).

In dem zweiten Falle handelt es sich um einen Besitzer, der sich absichtlich des Besitzes entäußert hat. Hier entsteht unter bestimmten Voraussetzungen ein Schadenersatzanspruch[1].

c) Nicht anspruchsverpflichtet ist der Besitzdiener, da dieser keinen eigenen Besitz hat, sondern nur für einen andern den Besitz ausübt (§ 855 BGB.). Endemann[2] hält den Besitzdiener dann für passiv legitimiert, wenn dieser selbständig dem

[1] Vgl. unten S. 56.

[2] Lehrb. § 90 2 a; S. 585.

Eigentümer gegenübertritt und aus eigener Macht die Herausgabe der Sache verweigert. Dieser Nachweis müsse genügen, wenn man dem Eigentümer die Rechtsverfolgung nicht unnötig erschweren wolle.

Dieser Auffassung kann jedoch nicht beigetreten werden, da der Besitzdiener niemals Besitzer im Rechtssinne ist. Nur soviel ist für die Beweislast richtig, daß derjenige Beklagte, der seine Passivlegitimation auf Grund der Behauptung bestreitet, er sei nicht Besitzer, sondern nur Besitzdiener, für diese seine Behauptung beweispflichtig ist[1].

d) Nach Siber ist der Herausgabeanspruch des Eigentümers nur gegenüber einem „unrechtmäßigen" Besitzer gegeben, dagegen ausgeschlossen gegenüber einem „rechtmäßigen" Besitzer, d. h. einem solchen, der auf Grund eines besonderen Vertragsverhältnisses zum Besitze der Sache berechtigt ist. Eine Konkurrenz zwischen Eigentumsanspruch und vertraglichen Rückgabeansprüchen ist nach seiner Ansicht grundsätzlich gar nicht denkbar.

Dem ist jedoch nicht beizutreten. Der Eigentümer hat in solchen Fällen wahlweise nebeneinander den Anspruch aus dem Eigentum und den aus dem besonderen Vertragsverhältnis. Es handelt sich inhaltlich um zwei ganz verschiedene Ansprüche. Der Anspruch aus dem Vertrag ist persönlicher Natur, er ist auch dann gegeben, wenn der Beklagte den Besitz in einer nach Vertragsrecht zu vertretenden Weise verloren hat und der Anspruch ist erst nach Beendigung des Vertragsverhältnisses fällig. Der Eigentumsanspruch dagegen ist dinglicher Natur, seine Geltendmachung setzt den Besitz des Beklagten voraus und der Anspruch ist jederzeit fällig[2].

Die Annahme Sibers[3], der Eigentumsanspruch gelange dann neu zur Entstehung, wenn nachträglich eine Spaltung in der Person des Eigentümers und des persönlich Rückforderungsberechtigten eintrete, so etwa, wenn der Eigentümer den persönlichen Herausgabeanspruch abtrete, beruht auf willkürlicher Annahme. Das gleiche gilt, wenn er behauptet, der Eigentums-

---

[1] Staudinger zu § 985 II 2 b.

[2] Hellwig, Lehrb. S. 264.

[3] Passivlegitimation S. 238 ff.; Rechtszwang S. 114 ff.

anspruch gelange neu zur Entstehung, wenn infolge Anfechtung des besonderen Vertragsverhältnisses der persönliche Rückgabeanspruch nachträglich erloschen sei. Es ist kein Grund ersichtlich, weshalb in diesen Fällen der Eigentumsanspruch erst neu entstehen und nicht schon vor der Abtretung bzw. Anfechtung bestanden haben soll[1].

Siber ist übrigens auch nicht konsequent in der Durchführung seiner Ansicht. Eine Konkurrenz der Ansprüche soll nämlich ausnahmsweise dann möglich sein, wenn sich beide Ansprüche nachträglich in einer Person vereinigen. Wenn er annimmt, daß im Falle der nachträglichen Spaltung in der Person des Eigentümers und des persönlich Rückforderungsberechtigten der Eigentumsanspruch neu entsteht, so muß sich m. E. im umgekehrten Falle, wenn beide Ansprüche sich nachträglich in einer Person vereinigen, für ihn auch die Schlußfolgerung ergeben, daß der Eigentumsanspruch untergeht.

Erhebt der Eigentümer gegen einen Besitzer, der auf Grund eines besonderen Vertragsverhältnisses zum Besitze der Sache berechtigt ist, die Eigentumsklage, so kann der Beklagte sein Besitzrecht einredeweise geltend machen und dadurch die Klage des Eigentümers zur Abweisung bringen (§ 986 BGB.). Siber nimmt hier allerdings nicht ein Leistungsverweigerungsrecht an, sondern ist der Ansicht, das Vorbringen des Beklagten, er sei zum Besitze der Sache berechtigt, stelle sich als ein Leugnen des Klaggrundes dar. Daß es sich aber in § 986 BGB. um eine wahre Einrede handelt, ist unten näher dargestellt[2]. Auch ein weiterer von Siber angezogener Grund ist nicht stichhaltig. Er führt aus, wenn die Möglichkeit bestände, daß der Eigentümer, der gleichzeitig zu dem Besitzer der Sache in einem besonderen Vertragsverhältnis stehe, wahlweise nebeneinander den Eigentumsanspruch und den persönlichen Rückgabeanspruch geltend machen könne, so sei der Eigentümer (Gläubiger) in der Lage, eine durch das besondere Vertragsverhältnis etwa begründete gelindere Haftung einfach dadurch illusorisch zu machen, daß er nicht aus dem Vertrage, sondern auf Grund seines Eigentums

[1] Wolff, Lehrb. § 84 I.

[2] Vgl. unten S. 43 ff.

auf Rückgabe der Sache klage. Z. B. hafte der unentgeltliche Verwahrer nur für Sorgfalt wie in eigenen Angelegenheiten. Der Gläubiger (Eigentümer) habe aber die Möglichkeit, ihn für jede Fahrlässigkeit in Anspruch zu nehmen, wenn er nicht nur aus dem Vertrage, sondern auch auf Grund seines Eigentums klagen könne.

Diese Beweisführung Sibers ist insoweit zutreffend, als sich die Haftung für Schadenersatz in solchen Fällen allerdings lediglich nach dem besonderen Vertragsverhältnis und nicht nach den Vorschriften der §§ 987 ff. BGB. richtet[1]. Das besagt aber nichts für den Eigentumsanspruch als solchen. Der Anspruch aus § 985 BGB. ist wahlweise neben dem persönlichen Anspruch aus dem Vertrage gegeben[2].

II. Gegenstand der Herausgabe ist eine „Sache", also bewegliche Sachen und Grundstücke. Die herausverlangte Sache muß im Klageantrage bestimmt bezeichnet werden (§ 253 Absatz Ziffer 2 ZPO.).

Die Frage, ob eine Sachgesamtheit als solche herausverlangt werden kann, ist im Gesetze nicht entschieden[3]. An sich kann, da die Sachgesamtheit kein selbständiges Rechtsobjekt ist, nur die Herausgabe der einzelnen, die Sachgesamtheit bildenden Sachen, gefordert werden. Im einzelnen Fall kann aber in prozessualer Hinsicht die Bezeichnung mit einem Kollektivnamen als „bestimmte Angabe des Gegenstandes des erhobenen Anspruches" im Sinne des § 253 Absatz 1, Ziffer 2 ZPO. genügen, insbesondere dann, wenn der Klageantrag die zur Vollstreckung erforderliche Bestimmtheit hat. Derselbe Grundsatz gilt, wenn auf Herausgabe eines Inbegriffes von Sachen geklagt wird[4].

III. Über den Ort und die Kosten der Herausgabe enthält das Gesetz keine Sonderbestimmungen. Bzgl. des Ortes der

---

[1] Vgl. unten S. 62 f.

[2] Prym, Die Konkurrenz . . ., S. 65.

[3] Mot. III, 396.

[4] Biermann zu § 985, 4; Dernburg, Lehrb. S. 369; a. A. Cosack, Lehrb. Bd. 2, S. 172.

Herausgabe verweisen die Mot[1]. auf die Vorschriften über den Erfüllungsort bei Schuldverhältnissen. Aus der „Natur" des Schuldverhältnisses (§ 269 BGB.) ist zu entnehmen, daß grundsätzlich die Sache dort herauszugeben ist, wo sie sich zur Zeit der Rechtshängigkeit des Herausgabeanspruchs befindet. Anderes gilt jedoch für den bösgläubigen, für den im Verzuge befindlichen und für den Besitzer nach der Rechtshängigkeit. Diese Besitzer dürfen keine den Interessen des Eigentümers widersprechende Ortsveränderung der Sache vornehmen, andernfalls sie für den dadurch etwa entstandenen Schaden oder Mehrkosten einzustehen haben (§ 989 BGB.)[2].

IV. Die Kosten der Herausgabe werden, soweit es sich um Erfüllung der Herausgabeverpflichtung handelt, nach allgemeinen Grundsätzen, insbesondere Billigkeitsgründen (§ 242 BGB.), den Besitzer treffen müssen. Darüber hinaus entstehende Kosten, z. B. solche, die durch die Abholung der Sache entstehen, muß der Eigentümer tragen[3].

V. Der Anspruch ist gerichtet auf Herausgabe der Sache. Zur Befriedigung des Herausgabeanspruches ist — wie sich schon aus dem Wortlaut „Herausgabe" ergibt — der Besitzer verpflichtet, das seinige zu tun, um dem Eigentümer die Möglichkeit zu bieten, sich in den Besitz der Sache zu setzen. Die Verpflichtung des Besitzers beschränkt nicht etwa darauf, die tatsächliche Gewalt aufzugeben oder die Wegnahme der Sache zu dulden, sondern er ist gegebenenfalls zu einer positiven Mitwirkung verpflichtet[4].

Die Vollstreckung regeln die §§ 883, 885 ZPO.

1. In der Praxis ist jedoch dem Eigentümer in den meisten Fällen mit einer bloßen Verurteilung des Besitzers zur „Herausgabe der Sache" nicht gedient. Läuft nämlich die Zwangsvollstreckung in die herauszugebende Sache fruchtlos aus, so muß er eine neue Klage auf den Wertersatz anstrengen. Besteht die

[1] III, 399.

[2] Vgl. unten S. 55 ff.

[3] Planck zu § 985, 2 a; a. A. Biermann zu § 985, 5.

[4] Lehmann, Unterlassungspflicht S 28 ff.

Möglichkeit, diese doppelte Klageerhebung zu vermeiden und beide Ansprüche auf „Herausgabe der Sache“ und „Wertersatz“ in einer Klage geltend zu machen?

a) Alternative Anträge auf Herausgabe der Sache oder bzw. im Unvermögensfalle „Zahlung des Wertes“, sind unzulässig, da eine primäre Verpflichtung des Besitzers einer fremden Sache, neben der Herausgabe der Sache ohne weiteres oder wahlweise für den Wert der Sache einzustehen, nicht besteht. Wird nach einem solchen Antrage erkannt, so erhält der Eigentümer mehr als er verlangen kann. Abgesehen davon wird aber auch eine solche Verurteilung zur „Herausgabe“ oder „Zahlung des Wertes“ Unklarheiten mit sich bringen. Es könnte zweifelhaft sein, ob das Wahlrecht des Beklagten bis zur Zwangsvollstrekung und dann gemäß § 264 BGB. auf den Kläger übergehen oder diesem bereits vor diesem Zeitpunkte zustehen, ob der Beklagte bei fruchtloser Zwangsvollstreckung wegen der Herausgabe der Sache den Offenbarungseid gemäß § 883 Absatz 2 ZPO. zu leisten habe, ferner wie sich die Rechtslage gestalten soll, wenn der Schuldner nur einen Teil der Sachen herausgibt[1].

b) Eine Fassung des Klageantrages in dem Sinne, daß eine facultas alternativa für den beklagten Besitzer begründet wird, führt zu keiner befriedigenden Lösung der Frage, z. B. den Beklagten zu verurteilen,

1. an den Kläger das braune Pferd X herauszugeben,
2. dem Beklagten freizustellen, statt der Herausgabe des Pferdes X an den Kläger 600 Mk. zu bezahlen.

Eine Verurteilung des Beklagten nach diesem Antrage wird den Interessen des Eigentümers nicht gerecht. Falls die Zwangsvollstreckung in die Sache fruchtlos ausfällt, und auch der Beklagte nicht freiwillig zahlt, muß der Eigentümer eine neue Klage auf Wertersatz anstrengen. Eine Zwangsvollstreckung auf Zahlung des Wertes ist aus einem nach diesem Antrage ergangenen Urteil nicht möglich, da lediglich eine Berechtigung für den Beklagten besteht, sich durch Zahlung der verlangten

[1] Josef in J. W., 1910, 919; Falkmann Lehrb. S. 102; R. G. im Recht, 1908, S. 13 Nr. 76; O. L. G. Hamburg in Seuff. Arch. 47, Nr. 235.

600 Mk. von der Verpflichtung zur Herausgabe des Pferdes zu befreien, nicht dagegen eine dementsprechende Verpflichtung.

c) Dagegen besteht die Möglichkeit, neben dem Antrage auf Herausgabe der Sache einen solchen auf Wertersatz in folgender Form zu stellen:

den Beklagten zu verurteilen

1. an den Kläger das braune Pferd X herauszugeben,
2. im Falle, daß er innerhalb einer Frist von zwei Wochen seit Rechtskraft des Urteils das Pferd nicht herausgibt, an den Kläger 600 Mk. zu zahlen.

Dieser Antrag hat seine rechtliche Grundlage in den §§ 283 BGB., 255, 259, 260 ZPO.

Die Frist aus § 283 BGB. kann dem Schuldner gemäß § 255 ZPO. bereits im Urteile bestimmt werden. Aus dieser letzteren Vorschrift allein kann jedoch die Zulässigkeit des Antrages auf den Wertersatz der Sache nicht hergeleitet werden[1]. Der § 255 ZPO. gibt nur die Möglichkeit, die Frist aus § 283 BGB. bereits im Urteile bestimmen zu lassen. Es handelt sich lediglich um einen Akt der freiwilligen Gerichtsbarkeit, der aus Zweckmäßigkeitsgründen dem Prozeßgericht übertragen ist. Mit der Bestimmung der Frist ist noch keine materielle Entscheidung über das Bestehen des Ersatzanspruches getroffen[2].

Da der Anspruch auf Wertersatz zur Zeit der Klageerhebung noch nicht besteht, sich vielmehr als ein zukünftiger Anspruch darstellt, dessen Entstehung bedingt ist durch die Nichterfüllung der Herausgabeverpflichtung innerhalb der im Urteile bestimmten Frist, müssen ferner neben den Voraussetzungen der §§ 283 BGB., 255 ZPO. auch die Voraussetzungen der Klage auf künftige Leistungen gemäß § 259 ZPO. gegeben sein. Letztere werden aber regelmäßig vorliegen. „Die Besorgnis, daß sich der Schuldner der rechtzeitigen Leistung entziehen werde", ist schon dann begründet, wenn der Kläger ohne die Verurteilung zur künftigen Leistung voraussichtlich genötigt sein würde, im Zeitpunkt der

---

[1] So wohl: Eccius bei Gruchot 47, 152; 41, 886; Hellwig, Lehrb., Bd. 1, S. 376.

[2] Josef in J. W. 1910, 919; Gaupp-Stein zu § 260 II 4.

Fälligkeit Klage zu erheben[1]. Man kann aber wohl unbedenklich unterstellen, daß der bereits auf Herausgabe der Sache verklagte, also regelmäßig auch im Verzug befindliche Schuldner, nach Ablauf der für die Herausgabe der Sache gesetzten Frist, gleichfalls den Ersatzanspruch auf den Wertersatz der Sache nicht erfüllen wird[2].

Wenn auch der Anspruch auf Wertersatz zur Zeit des Erlasses des Urteils noch nicht besteht, so kann dennoch ein solcher Anspruch, dessen Entstehung von einer erst nach Erlaß des Urteils eintretenden Bedingung abhängig ist, im Wege der Klage aus § 259 ZPO. geltend gemacht werden[3].

Josef a. a. O. wendet ein, es müsse nach den Umständen aber auch die Erwartung gerechtfertigt sein, daß der Schuldner die zukünftige Leistung schulden werde, denn nur in diesem Falle sei Raum für die in § 259 ZPO. weiter verlangte Besorgnis, daß er sich der Leistung entziehen werde. Die Möglichkeit, daß der Besitzer an Stelle der Sache deren Wert schulden werde, liege aber regelmäßig in weiter Ferne. Zu der Nichtherausgabe der Sache müsse nämlich des weiteren der Umstand hinzutreten, daß infolge eines Verschuldens des unredlichen Besitzers oder des Besitzers nach der Rechtshängigkeit die Sache nicht herausgegeben werde.

Dem ist aber entgegenzuhalten, daß es sich vorliegend nicht um einen Schadenersatzanspruch aus §§ 989, 990 BGB. handelt, sondern um die Rechtsfolgen der §§ 283 BGB., 255 ZPO. Durch diese Vorschriften wird auf der Grundlage einer Fiktion der Unmöglichkeit der Leistung der Wertersatzanspruch begründet. Der Anspruch entsteht schlechthin, falls mit Ablauf der im Urteil bestimmten Frist die Sache von dem Besitzer nicht herausgegeben wird. Unter Umständen muß allerdings der nach einem solchen Antrage verurteilte Schuldner, um eine Vollstreckung auf Zahlung des Wertes der Sache abzuwenden, zu der Klage aus § 767 ZPO. greifen, falls nämlich nach Erlaß des Urteils die

---

[1] Gaupp-Stein zu § 259 II.

[2] Marquardt in J. W. 1909, S. 37.

[3] Gaupp-Stein zu § 259 I; R. G. 58, 141; a. A. Siegel in J. W. 1910, S. 56.

Sache infolge eines Umstandes untergegangen ist, den er nicht zu vertreten hatte (§ 283 Absatz 1, Satz 3). Dieser Umstand wird als Begründung dafür verwandt, daß die Verbindung der Klagen unzulässig sei.[1] Es ist dies aber eine Schwierigkeit, die auch im Falle einer gesetzlichen Regelung der Frage nicht auszuräumen sein wird[2]. Ferner ist hierbei zu erwägen, daß dieser Fall nur selten praktisch werden wird. Regelmäßig wird der Besitzer durch Erhebung der Klage sogar in Verzug gekommen sein und dann selbst für den zufälligen Untergang der Sache einzustehen haben (§ 287 BGB.).

Wenn somit der Ersatzanspruch aus § 283 BGB., 255 ZPO. im Wege der Klage auf künftige Leistung (§ 259 ZPO.) geltend gemacht werden kann, unterliegt es weiter keinen Bedenken, diesen Anspruch mit der Klage auf Herausgabe der Sache zu verbinden. Nach § 260 ZPO. können alle Ansprüche des Klägers gegen denselben Beklagten, auch wenn sie auf verschiedenen Gründen beruhen, in einer Klage verbunden werden. Voraussetzung ist nur, daß für sämtliche Ansprüche das Prozeßgericht zuständig und dieselbe Prozeßart zulässig ist.

Mit der Verurteilung nach einem solchen Antrage wird man den Interessen beider Parteien gerecht. Der Besitzer wird zu nicht mehr verurteilt, als er verpflichtet ist, und der Eigentümer bekommt ein Urteil, mit dem er zunächst die Zwangsvollstreckung in die herausverlangte Sache und bei Erfolglosigkeit derselben nach Ablauf der im Urteile bestimmten Frist in den Wertersatz betreiben kann. Die Klagenverbindung liegt im Interesse einer Vereinfachung und Beschleunigung des Prozeßverfahrens und bewahrt den Eigentümer vor Zeitverlust und unnötigen Kosten. Um eine praktische Anwendung im weitesten Maße zu ermöglichen, wird man bez. des Wertersatzanspruches in der Annahme der „Besorgnis, daß sich der Schuldner der rechtzeitigen Leistung entziehen werde“ (§ 259 ZPO.), recht liberal verfahren müssen.

Durch die Aufnahme des § 510 b in die ZPO. ist die Frage nicht entschieden. Der § 510 bezieht sich einerseits

[1] Seuffert zu § 255 IV; Siegel a. a. O. S. 55.

[2] Pünder in Zeitschr. f. d. Deutsch. Zivilproz. 41, 57.

nur auf das amtsgerichtliche Verfahren, und andererseits behandelt er nur den Fall, in dem die primäre Leistungsklage auf Vornahme einer Handlung gerichtet ist.

2. Verliert der Beklagte während des Rechtsstreits den Besitz der Sache oder treten sonstige Veränderungen des Besitzstandes ein, so verwandelt sich unter bestimmten Voraussetzungen[1] der Anspruch auf Herausgabe der Sache in einen Schadenersatzanspruch. Eine dementsprechende Änderung des Klageantrages ist gemäß § 268 Ziffer 2 ZPO. nicht als eine Änderung der Klage anzusehen. Dasselbe gilt, wenn der Beklagte bereits vor Erhebung der Klage den Besitz der Sache verloren, der Kläger aber erst nach Eintritt der Rechtshängigkeit von diesem Umstande Kenntnis erlangt[2].

VI. Das Urteil auf „Herausgabe der Sache" entscheidet nicht rechtskräftig über das Eigentumsrecht des Klägers im Verhältnis zum Beklagten (§ 322 ZPO.). Mit dieser Klage wird nur ein einzelner, aus dem Eigentum abgeleiteter Anspruch geltend gemacht. Allerdings bildet die Feststellung des Eigentums die Grundlage für das Urteil. Diese Feststellung kommt aber, wenn nicht ein besonderer Feststellungsantrag gestellt ist, in der Urteilsformel nicht zum Ausdruck.

Endemann[3] nimmt an, daß in der Verurteilung zur Herausgabe dann zugleich die rechtskräftige Feststellung des Eigentumsrechts enthalten sei, wenn aus den Entscheidungsgründen unzweifelhaft hervorgehe, daß die Feststellung des Eigentums die wesentliche Grundlage des Urteils gebildet habe.

Richtig ist, daß es Fälle gibt, in denen die in den Entscheidungsgründen niedergelegten Feststellungen an der Rechtskraftwirkung des Urteils teilnehmen, so z. B., wenn dem Kläger in der Urteilsformel ein Teil des erhobenen Anspruchs zuerkannt und in den Entscheidungsgründen gesagt ist, daß er mit seiner Mehrforderung abgewiesen werden sollte. Ein allgemein gültiger Grundsatz besteht aber in dieser Hinsicht nicht, insbesondere erstreckt sich die Rechtskraft eines Urteils nicht auf be-

[1] Vgl. unten S. 55 ff.
[2] R. G. 26, S. 387.
[3] Lehrb. S. 579, Anm. 12.

dingende Rechtsverhältnisse, wie im vorliegenden Falle das Eigentumsrecht[1].

Dieses Ergebnis steht auch keineswegs in Widerspruch mit dem praktischen Bedürfnis, da jede Partei durch Erhebung der Eigentumsfeststellungsklage (§ 256 ZPO.) oder Inzidentfeststellungsklage (§ 280 ZPO.) die Möglichkeit hat, über das Eigentumsrecht eine der Rechtskraft fähige Entscheidung herbeizuführen.

Wird mit der Klage auf Herausgabe die Eigentumsfeststellungsklage verbunden, so bedarf es nicht des Nachweises besonderer Umstände zur Begründung „eines rechtlichen Interesses an der alsbaldigen Feststellung" im Sinne des § 256 ZPO. Die Tatsache allein, daß Eigentum und Besitz auseinanderfallen, rechtfertigt ein solches Interesse[2].

VII. Wie sich aus den bisherigen Ausführungen ergibt, gründet sich der Herausgabeanspruch auf das Eigentumsrecht und hat somit einen dinglichen Charakter. Der Eigentümer ist berechtigt, von dem Besitzer eine Leistung, die Herausgabe der Sache, zu verlangen (§ 241 BGB.). Damit ist durch § 985 BGB. ein gesetzliches Schuldverhältnis zwischen Eigentümer und Besitzer anerkannt[3]. Auf dieses Rechtsverhältnis finden ergänzend die allgemeinen Vorschriften des Schuldrechts Anwendung[4].

Der Ansicht Hellwigs[5], der Herausgabeanspruch entbehre jeglichen Zusammenhanges mit dem Eigentumsrecht, kann nicht beigetreten werden. Er stellt die dinglichen Ansprüche auf positive Leistung „als sekundäre Folgeerscheinungen, als Forderungen hin, welche durch bestimmte Tatsachen entstehen und als Verpflichtung einer bestimmten Person neben das seinem Inhalt nach ganz anders geartete dingliche Recht treten."

---

[1] Gaupp-Stein zu § 322 V 2a; Hellwig, Anspr., S. 30.

[2] Mot. III,396; Dernburg, Lehrb. S. 370; Komm. der R.-G.-Räte zu § 985, Anm. 3; a. A. Endemann, Lehrb. S. 579; Hellwig, Lehrb. Bd. 1, S. 390.

[3] Staudinger zu § 987.

[4] Mot. III, 398.

[5] Anspruch S. 30.

2. Teil.

Einreden.

(§§ 76 ZPO., 986 BGB.)

A. In prozessualer Beziehung kommt die Benennung des rechten Besitzers gemäß § 76 ZPO. in Betracht: „Wer als Besitzer einer Sache verklagt ist, die er auf Grund eines Rechtsverhältnisses der im § 868 des BGB. bezeichneten Art zu besitzen behauptet, kann, wenn er dem mittelbaren Besitzer vor der Verhandlung zur Hauptsache den Streit verkündet und ihn unter Benennung an den Kläger zur Erklärung ladet, bis zu dieser Erklärung oder bis zum Schlusse des Termins, in welchem sich der Benannte zu erklären hat, die Verhandlung zur Hauptsache verweigern.

Bestreitet der Benannte die Behauptung des Beklagten oder erklärt er sich nicht, so ist der Beklagte berechtigt, dem Klageantrage zu genügen.

Wird die Behauptung des Beklagten von dem Benannten als richtig anerkannt, so ist dieser berechtigt, mit Zustimmung des Beklagten an dessen Stelle den Prozeß zu übernehmen. Die Zustimmung des Klägers ist nur insoweit erforderlich, als derselbe Ansprüche geltend macht, welche unabhängig davon sind, daß der Beklagte auf Grund eines Rechtsverhältnisses der im Absatz 1 bezeichneten Art besitzt.

Hat der Benannte den Prozeß übernommen, so ist der Beklagte auf seinen Antrag von der Klage zu entbinden. Die Entscheidung ist in Ansehung der Sache selbst auch gegen den Beklagten wirksam und vollstreckbar."

B. Die Einreden in materieller Hinsicht regelt § 986 BGB. Der Besitzer kann die Herausgabe der Sache verweigern,

I. wenn er dem Eigentümer gegenüber zum Besitz berechtigt ist.

Die Berechtigung zum Besitz kann sich gründen auf persönliche Rechte (Miete, Verwahrung), auf dingliche Rechte an

der Sache (Nießbrauch, Pfandrecht), auf Rechte familienrechtlicher (§ 1373 BGB.), erbrechtlicher (§ 2205 BGB.), oder öffentlichrechtlicher Natur (§ 117 KO.), ferner auf Zurückbehaltungsrechte (§ 273 BGB., § 369 HGB.).

Das Besitzrecht muß grundsätzlich dem klagenden Eigentümer gegenüber bestehen. Ein dem Vorgänger des Eigentümers bestehendes Recht zum Besitz genügt uur dann, wenn der neue Eigentümer es gegen sich gelten lassen muß. Letzteres kann beruhen auf Schuldübernahme, Gesamtrechtsnachfolge oder auf besonderer gesetzlicher Vorschrift (§§ 571, 986 Absatz 2 BGB.).

Beispiel: A hat sich dem B gegenüber zur Bestellung eines Nießbrauchs an seinem Grundstücke verpflichtet und ihm dasselbe bereits übergeben. Hierauf veräußert A das Grundstück an C. Der Eigentumsklage des C kann B sein lediglich persönliches Recht zum Besitz nicht entgegenhalten, ohne Rücksicht darauf, ob C beim Erwerbe von diesem Rechte Kenntnis hatte oder nicht; anders, wenn C die Verpflichtung des A übernommen oder dessen Gesamtrechtsnachfolger ist.

Hatte sich aber B zur Sicherung auf Bestellung des Nießbrauchs eine Vormerkung eintragen lassen, so greift seine Einrede durch. Es steht dies zwar nicht unmittelbar im Gesetz, denn gemäß § 888 BGB. kann B von C nur die Zustimmung zur Eintragung des Nießbrauchsrechts verlangen. Unter Berücksichtigung des Zweckes und der dinglichen Wirkung der Vormerkung muß man aber dem im Besitz des Grundstücks befindlichen B ein „Besitzbehaltungsrecht“ und damit eine Einrede aus § 986 BGB. gewähren[1].

Das Recht zum Besitze muß dem Eigentümer gegenüber auch bereits bestehen. Das Vorbringen des Beklagten, der Kläger habe sich ihm gegenüber zum Abschlusse eines Vertrages verpflichtet, auf Grund dessen er zum Besitz berechtigt sein würde, kann zur Begründung der Einrede nicht genügen[2].

Erlangt der zum Besitz Berechtigte den Besitz durch Übergabe vom Eigentümer, so ist damit ohne Zweifel ein „Recht zum

[1] Wolff, Das Recht zum Besitz, S. 158.

[2] R. G. 56, 238; in Gruchot 48, 943 ff.

Besitz“ entstanden. Aber auch dann, wenn der Besitzer auf andere Weise als durch Übergabe den Besitz der Sache erlangt, liegt ein Recht zum Besitz im Sinne des § 986 BGB. vor. Setzt sich z. B. derjenige, dem der Eigentümer einen Nießbrauch an einem Grundstück durch Einigung und Eintragung bestellt hat, eigenmächtig in den Besitz des Gundstückes, oder wird ihm der Besitz von einem Drittbesitzer eingeräumt, so hat der Nießbraucher damit ein „Recht zum Besitz“ erworben. Ebenso hat der Käufer einer Sache, der den Besitz durch Fund oder gewaltsame Wegnahme erlangt, ein „Recht zum Besitz“. In beiden Fällen ist das Recht des Nießbrauchers bzw. des Käufers auf „Übergabe der Sache“ dadurch erloschen, daß sie in den Besitz der Sache gelangt sind. Da sie auf Grund des dinglichen bzw. persönlichen Rechts berechtigt sind, den Besitz der Sache zu behalten, ist aus dem „Recht“ auf „Übergabe“ ein „Recht zum Besitz“ im Sinne des § 986 BGB. geworden. In § 986 BGB. wird nämlich nur gefordert, „daß der Besitzer dem Eigentümer gegenüber zum Besitz berechtigt ist“. Voraussetzungen über die Entstehung dieses Rechtes sind hier nicht aufgestellt. Hieraus ergibt sich, daß es für das „Recht zum Besitz“ im Sinne des § 986 BGB. gleichgültig ist, auf welche Weise der Besitz erlangt ist. Eine andere Frage ist es allerdings, ob nicht gegebenenfalls der Eigentümer mit den Besitzklagen (§§ 861, 1007 BGB.) durchdringt.

Rappaport[1] läßt die Frage offen, ob sich in den Fällen obligatorischer Besitzberechtigung durch Übertragung des Besitzes das „Recht auf Übergabe“ in ein „Recht zum Besitz“ verwandelt. Er begnügt sich mit der Erklärung, daß hier die Einrede aus dem obligatorischen Rechtsverhältnis „ein Element dinglicher Natur“ enthalte. Da aber in § 986 BGB. von einer „Berechtigung zum Besitz“ die Rede ist, wird man unbedenklich in diesen Fällen von einem „Recht zum Besitz“ sprechen dürfen.

II. Der Besitzer hat die Einrede aus dem Recht zum Besitz nicht nur kraft eigenen Rechts, wenn er selbst dem Eigentümer gegenüber zum Besitz berechtigt, sondern im Falle abgeleiteten

[1] Einrede S. 198.

Besitzes auch aus dem Recht seines mittelbaren Besitzers, wenn dieser dem Eigentümer gegenüber zum Besitze berechtigt ist.

Es handelt sich hier nicht um eine Übertragung des Einrederechts bei der Einräumung des unmittelbaren Besitzes, sondern um eine wahre Einrede aus dem Recht eines Dritten[1]. Ohne diese Vorschrift würde der unmittelbare Besitzer mangels einer Rechtsbeziehung zum Eigentümer dem Herausgabeanspruch gegenüber machtlos sein.

Die Einrede greift durch, wenn der mittelbare Besitzer dem Eigentümer gegenüber zum Besitz berechtigt ist, und der mittelbare Besitzer dem Eigentümer gegenüber zur Überlassung des Besitzes an den unmittelbaren Besitzer befugt war.

Weitere Voraussetzungen brauchen nicht vorzuliegen, wie nach dem Wortlaut des Gesetzes vielleicht angenommen werden könnte.

1. So ist es zunächst nicht erforderlich, daß derjenige, von dem der unmittelbare Besitzer seinen Besitz ableitet, „Der Zwischenmann"[2], noch mittelbarer Besitzer ist. Auch derjenige beklagte unmittelbare Besitzer, der nicht Besitzmittler ist, kann sich auf das Besitzrecht desjenigen berufen, von dem er den Besitz erlangt und der seinerseits dem Eigentümer zum Besitze berechtigt ist. Beispiel: A verkauft und übergibt (ohne Auflassung) sein Grundstück an B. Dieser verkauft und übergibt es weiter an C. Hier kann C der Eigentumsklage des A mit Erfolg entgegenhalten, daß B auf Grund des Kaufvertrages dem A gegenüber, und er (C) auf Grund des Kaufvertrages mit B diesem gegenüber zum Besitz berechtigt sei. Es ist sogar nicht einmal nötig, daß der Zwischenmann jemals den mittelbaren oder unmittelbaren Besitz gehabt hat. Beispiel: A verkauft sein Grundstück an B; dieser verkauft es weiter an C. Letzterer erlangt den Besitz des Grundstückes auf andere Weise, als durch Übergabe von B, so etwa durch Übergabe von A oder dessen gewaltsame Besitzentsetzung. Auch in diesem Falle kann C der Eigentumsklage des A gegenüber mit Erfolg geltend machen,

[1] Stammler, Einrede S. 38; Wolff a. a. O. S. 160.
[2] Wolff, a. a. O.

daß B dem A gegenüber und er (C) dem B gegenüber auf Grund des Kaufvertrages zum Besitz berechtigt sei[1].

Diesen letzteren Satz erkennt Rappaport[2] nicht als richtig an, da er im Gesetze keine Grundlage finde. Zum mindesten müsse gefordert werden, daß der beklagte unmittelbare Besitzer sein Recht von einem Besitzer ableite. Wer selbst nicht den Besitz der Sache gehabt, könne auch keine Rechtsbeziehung zur Sache vermitteln. Wenn man in dem letzten Beispiel dem C die Geltendmachung der Rechte des B gewähre, „so käme dies in seiner juristischen Wirkung einer eigenmächtigen Pfändung des Auflassungsanspruches des B, in seiner ökonomischen Wirkung einem Eingriffe in dessen Vermögen gleich". M. E. muß aber für die Entscheidung der Frage, ob in dem letzten Beispiel dem C gegenüber der Eigentumsklage des A eine Einrede zusteht, der Gesichtspunkt, ob möglicherweise die Interessen des B geschädigt werden, völlig ausscheiden. In Wahrheit liegt aber auch gar keine Schädigung der Interessen des B vor, denn er ist dem C gegenüber auf Grund des Kaufvertrags zur Übertragung des Grundstückes verpflichtet.

2. Der unmittelbare Besitzer braucht ferner nicht, wie aus dem Wortlaut des Gesetzes „ableite" gefolgert werden könnte, seinen Besitz von demjenigen Zwischenmann erhalten zu haben, der dem Eigentümer gegenüber zum Besitze berechtigt ist. Beispiel: A verkauft und übergibt sein Grundstück an B. Dieser vermietet es an C und überträgt ihm den Besitz. Hierauf tritt B seine Rechte aus dem Kaufvertrag mit A und seinen mittelbaren Besitz an D ab. Hier hat C den Besitz von B erhalten. Letzterer ist aber jetzt dem A gegenüber nicht mehr zum Besitz berechtigt, vielmehr D. C kann dennoch eine Einrede aus dem Recht des D geltend machen.

Es kommt also lediglich darauf an, daß der beklagte unmittelbare Besitzer Besitzmittler desjenigen Dritten ist, der dem Eigentümer gegenüber zum Besitze berechtigt ist.

3. Der Wortlaut des Gesetzes ist weiterhin insofern zu eng, als verlangt wird, daß der unmittelbare Besitzer gegenüber

[1] Wolff, a. a. O. S. 164 ff.; Wolff, Lehrb. S. 247.

[2] a. a. O. S. 205 f.; Stammler, a. a. O. S. 168; Planck zu § 986 1 b.

seinem mittelbaren Besitzer zum Besitz „berechtigt“ sein müsse. Die Einrede muß dem unmittelbaren Besitzer auch dann gegeben sein, wenn er seinem mittelbaren Besitzer gegenüber zum Besitz „verpflichtet“ ist, z. B. dem Verwahrer[1].

Man wird diese ausdehnende Auslegung schon damit begründen können, daß in solchen Fällen der unmittelbare Besitzer seiner Verpflichtung entsprechend für die Zeit, während der er die Sache in Besitz hat und der mittelbare Besitzer sie nicht zurückverlangt, diesem gegenüber auch zum Besitz berechtigt ist[2].

III. War jedoch im Falle abgeleiteten Besitzes der mittelbare Besitzer dem Eigentümer gegenüber zur Weiterüberlassung des Besitzes nicht befugt, so greift die Einrede des unmittelbaren Besitzers gegenüber der Eigentumsklage nicht durch. Der Eigentümer kann dann von dem unmittelbaren Besitzer die Herausgabe der Sache verlangen, aber regelmäßig nicht an sich, sondern an den mittelbaren Besitzer; nur im Falle, daß dieser den Besitz nicht wieder übernehmen will oder kann, ist der Eigentümer berechtigt, auf Herausgabe an sich zu klagen (§ 986 Absatz 1, Satz 2 BGB.), so z. B., wenn das Vertragsverhältnis zwischen dem mittelbaren Besitzer und Eigentümer inzwischen beendet ist.

Wie zu 2 bedarf auch hier der enge Wortlaut des Gesetzes ausdehnender Auslegung.

1. Zunächst ist es keineswegs notwendig, daß der mittelbare Besitzer dem Besitzmittler den Besitz „überlassen“ hat. Die Voraussetzungen des § 986 Absatz 1, Satz 2, liegen auch dann vor, wenn der unmittelbare Besitzer wie in den zu 2 erwähnten Beispielen den Besitz auf andere Weise als durch Übergabe von dem Zwischenmann erlangt hat[3].

2. Ferner braucht der Zwischenmann nicht notwendig den mittelbaren Besitz der Sache zu haben. Wie Wolff[4] zutreffend ausführt, ist kein Grund ersichtlich, weshalb der Pfandgläubiger,

---

[1] Planck zu § 986 1 b.

[2] Wolff, S. 163, Anm. 1; Rappaport, S. 204, Anm. 3.

[3] Wolff, S. 165.

[4] S. 166; a. A. Planck zu § 986 1 b; Rappaport, S. 209 f.; Stammler, S. 168.

der die Sache unerlaubter Weise vermietet oder verpfändet, größeren Schutz genießen sollte wie derjenige Pfandgläubiger, der die Pfandsache unerlaubter Weise veräußert (z. B. im Falle eines wegen Formmangels unrechtmäßigen Pfandverkaufs), des weiteren aus welchem Grunde die Voraussetzungen des § 986 Absatz 1, Satz 2, nicht vorliegen sollten, wenn dem Zwischenmann die Sache gestohlen oder verloren gegangen ist.

In den letzteren Beispielen ist im Gegensatz zu dem erstgenannten Beispiel, in dem der Pfandgläubiger unerlaubter Weise die Sache weiter vermietet oder verpfändet, der Zwischenmann zwar nicht mittelbarer Besitzer, aber der Eigentümer kann dennoch auch hier nur Herausgabe an den mittelbaren Besitzer, nicht an sich selbst, verlangen. Dieser Schluß rechtfertigt sich aus dem Zweck des § 986 Absatz 1, Satz 2, welcher den Schutz des Zwischenmanns im Auge hat.

Nach Rappaport[1] geht diese Auslegung sowohl über den Wortlaut wie den Sinn des Gesetzes weit hinaus. Er wendet ein, wenn die genannte Vorschrift den Schutz des mittelbaren Besitzers bezwecke, so müsse der mittelbare Besitz doch auch im Augenblick des Schutzes vorhanden sein. Außerdem dürfe man die Vorschrift des § 986 Absatz 1, Satz 2, aber auch nicht einseitig unter dem Gesichtspunkt einer Schutzvorschrift für den mittelbaren Besitzer betrachten, sondern müsse auch erwägen, daß sie eine Beschränkung der Eigentumsklage enthalte. Diese Beschränkung solle aber nur soweit reichen, als ihr ein vom Willen des mittelbaren Besitzers beherrschtes Gebiet gegenüberstehe.

IV. Gemäß § 986 Absatz 2 kann der Besitzer einer Sache, die nach § 931 BGB. durch Abtretung des Anspruchs auf Herausgabe veräußert worden ist, dem neuen Eigentümer die Einwendungen entgegensetzen, welche ihm gegen den abgetretenen Anspruch zustehen. Diese Vorschrift bezweckt den Schutz des Drittbesitzers. Er soll dadurch, daß der Eigentümer in der Lage ist, ohne seine Zustimmung das Eigentum weiter zu über-

[1] a. a. O. S. 208.

tragen, keine Einbuße in seiner Rechtsstellung erleiden. Dieser Schutz liegt in der Publizitätsfunktion des Besitzes begründet[1].

Von praktischer Bedeutung ist die Vorschrift nur im Falle persönlicher Besitzberechtigung des Drittbesitzers. Steht ihm ein dingliches Recht an der Sache zu, so wird dieses, solange er im Besitze der Sache ist, durch den Eigentumswechsel nicht betroffen (§ 936 BGB.).

Regelmäßig wird der Besitzer dem neuen Eigentümer die Einwendungen entgegensetzen können, welche zur Zeit des Eigentumswechsels bestanden. Es ist aber auch möglich, daß der Besitzer aus einer nach dem Eigentumswechsel getroffenen Vereinbarung mit dem früheren Eigentümer (z. B. einer Verlängerung eines bereits bestehenden Mietvertrages) Einwendungen herleiten kann. Die Vorschrift des § 407 BGB. ist hier entsprechend anzuwenden[2].

Der § 986 Absatz 2 erwähnt ausdrücklich nur den Eigentumswechsel gemäß § 931 BGB. Hieraus kann jedoch nicht auf Grund eines argumentum e contrario gefolgert werden, daß die Anwendung des § 986 Absatz 2 auf den Fall des § 931 BGB. beschränkt ist. Die Vorschrift findet vielmehr auch auf andere Fälle der Rechtsnachfolge unbedenklich Anwendung.

1. So zunächst im Falle des § 934 BGB., wenn ein Nichteigentümer, der mittelbarer Besitzer ist, die Sache durch Abtretung des Herausgabeanspruchs an einen gutgläubigen Dritten veräußert. Und zwar kann hier der unmittelbare Besitzer dem neuen Eigentümer sowohl die Einwendungen entgegenhalten, welche ihm aus einem obligatorischen Rechtsverhältnis zu dem Veräußerer zustehen, als auch aus einem solchen zu dem früheren Eigentümer. Diese Ansicht[3] rechtfertigt sich durch die Erwägung, daß der Erwerber sowohl Rechtsnachfolger des Veräußerers als auch des Eigentümers wird[4].

---

[1] Gierke, Fahrnisbesitz S. 41, 45.

[2] Vgl. S. 30.

[3] Wolff, a. a. O. S. 156; Rappaport, S. 199 f.: a. A. Planck zu § 986 2 b, § 934 3; Gierke, Fahrnisbesitz S. 43; Crome in Jehr. Jahrb. 37, 66.

[4] Hellwig, Rechtskraft S. 96 ff.

Hierzu folgendes von Rappaport[1] erwähntes Beispiel: V besitzt die Sache des E und verleiht sie an C. Dieser erfährt, daß V gar nicht Eigentümer der Sache ist, und um sicher zu gehen, mietet er sie noch von E. V veräußert darauf die Sache an den gutgläubigen A, indem er ihm durch Abtretung des Herausgabeanspruchs gegen C gemäß § 934 BGB. das Eigentum an der Sache überträgt. Klagt nun A gegen C auf Herausgabe der Sache, so kann C gegenüber der Klage sowohl die Einwendungen aus dem Leihvertrage mit V als jene aus dem Mietvertrage mit E geltend machen.

Der weitere Fall des § 934 BGB., daß ein Nichteigentümer, der nicht mittelbarer Besitzer ist, die Sache durch Abtretung des Herausgabeanspruchs veräußert, scheidet für die Möglichkeit einer Einrede des Drittbesitzers aus, weil der Erwerber erst dann Eigentümer wird, wenn er die Sache von dem Drittbesitzer erlangt, vorher zur Eigentumsklage also gar nicht legitimiert ist.

2. Die Einwendungen aus § 986 Absatz 2 sind dem Drittbesitzer auch dann gegeben, wenn der Eigentumswechsel gemäß § 930 BGB. erfolgt ist. Daß auch der mittelbar besitzende Eigentümer gemäß § 930 BGB. sein Eigentum weiter übertragen kann, ergibt sich aus den §§ 868, 871 BGB. Bei dem Entwurf II zum BGB. ist darauf hingewiesen worden[2], daß der mittelbar besitzende Eigentümer, abgesehen von der Eigentumsübertragung durch Abtretung des Herausgabeanspruchs, auch in der Lage sein müsse, in der Weise sein Eigentum weiter zu übertragen, daß er mit dem Erwerber ein constitutum possessorium über die im Besitz des Dritten befindliche Sache abschließe. In sachlicher Beziehung ist diesem Hinweis nicht widersprochen worden. Man hat es der Redaktionskommission überlassen, in der Fassung der Vorschriften hierauf Rücksicht zu nehmen. Dies ist offensichtlich in § 986 Absatz 2 übersehen worden. Man hat nur an den Normalfall der Übertragung des mittelbaren Besitzes durch Abtretung des Herausgabeanspruchs gedacht.

Da aber im Falle der Eigentumsübertragung gemäß § 930 BGB. das gleiche Schutzbedürfnis vorliegt wie im Falle des

---

[1] a. a. O.

[2] Prot. S. 3696 (Mugdan, S. 629).

§ 931 BGB., wird man beide Fälle hinsichtlich der Anwendung des § 986 Absatz 2 gleichstellen müssen. Eine verschiedene Behandlung ließe sich nur dann rechtfertigen, wenn das Gesetz auch im übrigen an die Veräußerung gemäß § 930 BGB. strengere Folgen knüpfte[1]. Dies trifft jedoch nicht zu, eher ist das Gegenteil der Fall. Beim Erwerb vom Nichteigentümer erwirbt der gutgläubige Dritte, wenn der Veräußerer mittelbarer Besitzer ist, im Falle des § 931 BGB. das Eigentum bereits mit der Abtretung des Herausgabeanspruchs (§ 934 BGB.), bei einer Veräußerung gemäß § 930 BGB. erst mit der Übergabe (§ 933 BGB.). Auch sind die dinglich Berechtigten, solange sie sich im Besitze der Sache befinden, in beiden Fällen gleichmäßig geschützt. Es ist nicht zu ersehen, weshalb dies bei den persönlich berechtigten Besitzern anders sein sollte. Hierfür spricht auch der praktische Gesichtspunkt, daß der Eigentümer andernfalls in der Lage wäre, den Schutzzweck des § 986 Absatz 2 BGB. für den Drittbesitzer einfach dadurch zu vereiteln, daß er für die Übertragung des Eigentums nicht den Weg des § 931 BGB., sondern den des § 930 BGB. wählte.

Beispiel: Die Brauerei A läßt sich das Inventar des Wirtes B, einschließlich einiger von B an C auf mehrere Jahre vermieteter Stühle und Tische, gemäß § 930 BGB. übereignen unter der Vereinbarung, daß B das Inventar weiterhin mietweise behalten soll. Wenn die Brauerei A, die auch Eigentümerin der weitervermieteten Tische und Stühle geworden ist, vor Ablauf der genannten Frist gegen C auf Herausgabe klagen sollte, so kann dieser mit Erfolg der Klage sein Mietrecht entgegenhalten.

3. Der Ansicht Wolffs[2], daß auch im Falle eines Eigentumswechsels gemäß § 929 Satz 2 BGB. die Vorschrift des § 986 Absatz 2 Anwendung finde, kann nicht beigepflichtet werden. Er führt folgendes Beispiel an: A mietet von dem Eigentümer B ein Pferd für ein halbes Jahr und läßt es sodann sich, als dem Stellvertreter des C, kurzer Hand übereignen.

---

[1] O. L. G. Kiel in Seuff. Arch., Bd. 66, 367; Langen in D. J.-Z. 1912, 679; Rappaport, S. 198; Kohler, Zwölf Studien im BGB. I, 349.

[2] S. 157.

Hier soll nach seiner Ansicht A sein Mietrecht gemäß § 986 Absatz 2 BGB. der Eigentumsklage des C entgegenhalten können. Hierbei ist jedoch wohl übersehen, daß ein Eigentumsübergang auf C gemäß § 929 Satz 2 BGB. nur dann hat stattfinden können, wenn C zur Zeit der Einigung bereits den mittelbaren Besitz des Pferdes hatte. Unterstellt man dies, so kann die Übertragung des mittelbaren Besitzes auf C in zweifacher Weise stattgefunden haben: entweder auf Grund einer Vereinbarung zwischen dem Veräußerer B und dem C, wonach letzterer in das zwischen B und A bestehende Mietverhältnis an die Stelle des B eintreten sollte, oder derart, daß ein neuer Mietvertrag zwischen A und C begründet worden wäre. Im ersteren Falle würde nun die Berechtigung des A, sein Mietrecht einredeweise geltend zu machen, nicht eine Folge des Eigentumswechsels an sich sein, vielmehr auf den Eintritt des C in das bisherige Mietverhältnis beruhen. Im zweiten Falle würden Einwendungen des A aus dem zwischen ihm und B vorher bestandenen Mietvertrage gar nicht in Betracht kommen[1].

4. Keine Bedenken liegen vor gegen eine entsprechende Anwendung des § 986 Absatz 2 BGB. in dem von Wolff[2] konstruierten Beispiel, in dem der Erwerb des Eigentums auf gesetzlicher Grundlage (Ersitzung) und diese auf einem durch Abtretung des Herausgabeanspruchs gegründeten mittelbaren Besitz beruht: A vermietet eine gestohlene Sache, die er seit neun Jahren gutgläubig in Eigenbesitz hat, dem B auf zwei Jahre. Darauf tritt A dem C zu Übereignungszwecken den Herausgabeanspruch gegen B ab. Nach einem Jahre ersitzt C die Sache. Der Eigentumklage des C kann das Mietrecht des B entgegengehalten werden.

V. Über die Frage, ob die obligatorischen Einrederechte aus § 986 BGB. auch ihre Wirkung gegenüber der Eigentumsklage des Konkursverwalters behalten, wenn der Eigentümer in Konkurs verfallen ist, bestehen verschiedene Meinungen.

Es kann sich dabei nur um das Fahrnisrecht handeln. Der obligatorisch berechtigte Grundstücksbesitzer kann sein Besitz-

[1] Planck zu § 986, 2 c.

[2] a. a. O. S. 158; ebenso Wolff, Lehrb. S. 246, Anm. 19; Planck zu § 986 2; a. A. R. G. 51, 88.

recht dem Konkursverwalter nur dann entgegenhalten, wenn es durch Vormerkung gesichert ist[1]. Daß die Einrede hier versagen muß, ergibt sich auch aus § 126 KO., wonach der Konkursverwalter die Zwangsversteigerung und Zwangsverwaltung der zur Konkursmasse gehörigen Grundstücke betreiben kann.

Die Mot.[2] besagen: „Vindiziert der Konkursverwalter, so tritt eine andere Beurteilung ein, denn die Erfüllung der Forderung des obligatorisch Berechtigten ist keine Masseschuld".

Schlechthin bejaht wird die Frage von Dernburg[3] und Endemann[4] mit der Begründung, daß der Konkursverwalter den Eigentumsanspruch des Gemeinschuldners geltend mache und somit auch denselben Einwendungen unterworfen sei, wie dieser. Letzterer Auffassung ist im Ergebnis beizustimmen.

Für Miet- und Pachtverträge bestimmt § 21 KO., daß sie der Konkursmasse gegenüber wirksam sind, wenn der Gemeinschuldner dem Mieter oder Pächter den Gegenstand vor Eröffnung des Konkurses überlassen hat. Der dieser Vorschrift zugrunde liegende Gedanke, daß der zur Zeit der Konkurseröffnung im Besitze der Sache befindliche obligatorisch Berechtigte geschützt wird, muß auch in andern Fällen obligatorischer Besitzberechtigung Anwendung finden, z. B. im Falle, daß vor Konkurseröffnung von dem Gemeinschuldner eine bewegliche Sache verkauft, und der Käufer, ohne daß eine Eigentumsübertragung stattgefunden hat, in den Besitz der Sache gelangt ist.

Mit der Konkurseröffnung verliert der Gemeinschuldner die Befugnis, sein zur Konkursmasse gehöriges Vermögen zu verwalten und darüber zu verfügen. An seine Stelle tritt der Konkursverwalter. Im Hinblick auf diejenigen Personen, die vor Eröffnung des Konkurses dem Gemeinschuldner gegenüber obligatorisch zum Besitze berechtigt waren, hat diese Veränderung der Rechtslage Ähnlichkeit mit einer Übertragung des Eigen-

[1] Wolff, S. 159; Wolff a. a. O.; a. A. Müller in Leipziger Zeitschr. f. Handels-, Konkurs- u. Versicherungsrecht 1908, S. 684 ff.

[2] III, S. 422; ebenso Jäger, KO. zu § 17, Anm. 14 und Leipz. Zeitschrift 1908, S. 688; Planck zu § 986; Goldmann-Lilienthal zu S. 357, Anm. 39.

[3] Lehrb. III, S. 283.

[4] Lehrb. III, S. 559.

tums gemäß § 931 BGB. Es erscheint somit eine analoge Anwendung des § 986 Absatz 2 gerechtfertigt[1]. Zu beachten sind jedoch hierbei die Sondervorschriften der KO., insbesondere § 17 KO. für gegenseitige Verträge, die zur Zeit der Eröffnung des Konkursverfahrens von beiden Seiten nicht oder nicht vollständig erfüllt sind.

VI. Aus dem Wortlaut „verweigern" ergibt sich, daß § 986 BGB. eine Einrede im zivilrechtlichen Sinne, ein Leistungsverweigerungsrecht, enthält[2]. Beruft sich der Beklagte auf sein Recht zum Besitz, so wird der Kläger mit seinem an sich begründeten Eigentumsanspruch abgewiesen, sei es dauernd (Erbbaurecht), sei es auf Zeit (Mietvertrag); die Geltendmachung eines Zurückbehaltungsrechts führt zu einer Verurteilung zur Herausgabe der Sache Zug um Zug gegen Erstattung der Verwendungen (§ 274 BGB.). Siber[3] vertritt die Ansicht, das Vorbringen des Beklagten, er sei zum Besitz berechtigt, stelle sich regelmäßig nicht als eine Einrede, sondern als eine anspruchsverneinende Tatsache, als Leugnen des Klagegrundes des Eigentumsanspruchs dar. Der Beklagte mache mit diesem Vorbringen geltend, daß der erhobene Eigentumsanspruch seinem wahren Charakter nach ein Anspruch aus dem obligatorischen Vertragsverhältnis und deshalb während der Dauer des Besitzrechts noch gar nicht zur Entstehung gelangt sei. Eine wirkliche Einrede komme nur in wenigen Fällen in Betracht, so beim Zurückbehaltungsberechtigten, ferner bei den Besitzern, die ein dem Eigentümer gegenüber wirksames, aber vom Nichteigentümer erworbenes Besitzrecht hätten, und endlich dann, wenn infolge nachträglicher Vereinigung des Eigentumsanspruchs und des persönlichen Rückgabeanspruchs in einer Person eine Konkurrenz möglich geworden und dann der Eigentumsanspruch erhoben werde. Die Fassung des § 985 BGB., wonach scheinbar jeder Besitzer passiv legitimiert wäre, bezwecke nur die Beweisregelung.

---

[1] Wolff, S. 159; im Ergebnis ebenso Kleinrath in Leipziger Zeitschrift 1910, S. 126.

[2] Langheinecken, Anspruch S. 44, 293; Gierke, Fahrnisbesitz S. 41.

[3] Passivlegitimation S. 238 ff.; Rechtszwang S. 134 ff.; ebenso: Rappaport, Einrede S. 202.

Der Kläger brauche, wenn der Beklagte ein Recht zum Besitz geltend mache und damit den Klagegrund des Eigentumsanspruchs leugne, gleichwohl nur den Besitz des Beklagten zu beweisen, nicht auch das Nichtbestehen des vom Beklagten behaupteten Besitzrechts. Letzterer müsse vielmehr das Bestehen des Besitzrechts nachweisen, wenn er den Eigentumsanspruch zur Abweisung bringen wolle.

Der Ansicht Sibers kann nicht beigetreten werden. Wenn er zur Begründung zunächst darauf hinweist, daß aus dem Wortlaut des Gesetzes „verweigern" das Vorliegen einer Einrede nicht hergeleitet werden kann, weil nur ein Verpflichteter die Herausgabe „verweigern" könne, so ist dem entgegenzuhalten, daß Eigentümer und Besitzer in einem gesetzlichen Schuldverhältnis zueinander stehen, und der Besitzer dem Eigentümer gegenüber somit auch als Verpflichteter anzusehen ist[1]. Weiterhin wendet er ein, in § 986 sei nicht gesagt, daß der Besitzer ein „Recht" habe, die Leistung zu verweigern, es sei dort lediglich gesagt, daß er die Leistung verweigern „könne". Darauf ist zu erwidern, daß die letztere Wendung im Gesetz stets im Sinne eines Leistungsverweigerungsrechts gebraucht wird (§§ 273, 320, 771, 10, 1973 BGB.). Endlich will er die Frage aus allgemeinen Gesichtspunkten beantworten und beruft sich auf § 903 BGB., wonach der Eigentümer Einwirkungen anderer Personen auf die Sache ausschließen darf, soweit nicht Rechte Dritter entgegenstehen. Der Eigentümer sei also gar nicht berechtigt, den Eigentumsanspruch geltend zu machen, wenn der Besitzer auf Grund eines dinglichen oder persönlichen Rechts zum Besitze der Sache berechtigt sei. Daraus aber, daß der Eigentümer die Einwirkungen anderer ausschließen „darf", soweit nicht Rechte Dritter entgegenstehen, kann nicht ohne weiteres gefolgert werden, daß er Einwirkungen anderer nicht ausschließen kann, sofern Rechte Dritter entgegenstehen[2]. Ferner ist aber auch zu beachten, daß § 903 BGB. nur einen allgemeinen Grundsatz enthält, dem eine Bedeutung für die Entscheidung der vorliegenden Frage nicht beizumessen ist.

---

[1] Vgl. S. 30.

[2] Wolff, a. a. O., S. 151, Anm. 1.

Von erheblicher praktischer Bedeutung ist die Frage für den Erlaß eines Versäumnisurteils. Da es sich um eine Einrede handelt, auf die sich der Beklagte berufen muß, so ist, wenn der Beklagte im Termine nicht erscheint, das Versäumnisurteil zu erlassen, selbst wenn aus dem eigenen Vorbringen des Klägers hervorgeht, daß der Beklagte zum Besitz berechtigt ist. Der Erlaß eines derartigen Versäumnisurteils widerspricht allerdings dem Rechtsgefühl, und es ist Siber beizustimmen, daß mit Rücksicht hierauf eine gleiche Regelung der §§ 985 und 1004 BGB., deren verschiedene Behandlung schon an sich unbegründet erscheint, im Sinne des § 1004 zweckmäßiger wäre. Nach dem klaren Wortlaut der beiden Gesetzesbestimmungen kann aber kein Zweifel über die verschiedene Rechtslage herrschen. Wie Kipp[1] zutreffend bemerkt, sind dies „Unebenheiten" im Gesetz, mit denen man sich abfinden muß.

---

[1] Zu Windscheid, S. 213.

3. Teil.

Haftung für Nutzungen und Schadenersatz.

(§§ 987—993 BGB.)

Der Umfang der aus dem zwischen Eigentümer und Besitzer bestehenden gesetzlichen Schuldverhältnis sich ergebenden Haftung für Nutzungen und Schadenersatz ist in den §§ 987—993 BGB. geregelt. Die Regelung ist jedoch keineswegs übersichtlich.

I. Den Hauptgrundsatz enthält § 993 Absatz 1: Der redliche Besitzer ist vor Eintritt der Rechtshängigkeit grundsätzlich von jeder Haftung frei. Er haftet weder für gezogene oder schuldhaft nicht gezogene Nutzungen, noch für Verschlechterungen oder Untergang der Sache. Redlich ist der Besitzer, wenn ihm beim Besitzerwerbe weder bekannt noch infolge grober Fahrlässigkeit unbekannt ist, daß er zum Besitze der Sache nicht berechtigt, und er auch nach der Besitzerlangung von seinem Nichtrecht keine Kenntnis erlangt. (§§ 990 Absatz 1, 932 BGB.)

Der „gute Glaube" muß sich auf die Berechtigung zum Besitz beziehen[1], nicht wie Eck[2] annimmt, auf das fremde Eigentumsrecht. Nach dieser letzteren Ansicht wäre ein Besitzer schon dann unredlich, wenn er das fremde Eigentumsrecht kannte oder grobfahrlässig verkannte. Es müßte also jeder Fremdbesitzer, der doch das fremde Eigentumsrecht kennt, — z. B. ein Mieter, der vom geschäftsunfähigen Eigentümer gemietet — als unredlich zu behandeln sein. Dieses Ergebnis zwingt ohne weiteres zur Ablehnung dieser Ansicht, denn es unterliegt keinem Zweifel, daß in dem erwähnten Beispiel der Mieter dann als redlicher Besitzer anzusehen ist, wenn er die

[1] So die herrschende Meinung: Planck zu § 990; Silber, Rechtszwang S. 119.

[2] Vorträge über das Recht des BGB., Bd. II, 1904, S. 166, 173.

Geschäftsunfähigkeit des vermietenden Eigentümers weder kannte noch ihm dieser Umstand infolge grober Fahrlässigkeit unbekannt geblieben ist.

Auch Hellwig[1] hält unter Berufung auf § 932 BGB. den Besitzer schon dann für unredlich, wenn er bei der Besitzerlangung wußte oder infolge grober Fahrlässigkeit nicht wußte, daß der ihm den Besitz überlassende Dritte nicht der Eigentümer war.

Hierauf ist aber zu erwidern, daß der § 932 BGB. eine Begriffsbestimmung des guten Glaubens nur im Hinblick auf § 929 BGB. gibt. In andern Fällen, wo es im Gesetz auf „guten Glauben" ankommt, (Ersitzung, Eigentumsanspruch, Pfandrecht) ist der Begriff immer dem jeweiligen Rechtsverhältnisse, auf welches er Anwendung findet, anzupassen[2]. Beim Herausgabeanspruch des Eigentümers ist alles auf die Kenntnis bzw. die auf grober Fahrlässigkeit beruhende Nichtkenntnis des Umstandes abgestellt, daß der Besitzer dem Eigentümer gegenüber nicht zum Besitz berechtigt ist. Die Fassung des § 990 Absatz 1, Satz 1 BGB., wo von „gutem Glauben" die Rede ist, ist nur ungenau; gemeint ist auch hier der Glaube an die Berechtigung zum Besitz. Dies wird auch bestätigt durch den Satz 2 des § 990 Absatz 1: „Erfährt der Besitzer später, daß er zum Besitz nicht berechtigt ist, ...".

Somit ist der Eigenbesitzer dann im guten Glauben, wenn ihm weder bekannt noch infolge grober Fahrlässigkeit unbekannt geblieben ist, daß er durch die Erwerbshandlung Eigentümer nicht geworden ist.

Erwirbt der Besitzer als Fremdbesitzer unmittelbar vom Eigentümer, so daß dieser mittelbarer Besitzer bleibt, so ist jener zum Besitz berechtigt, es sei denn, daß ein wesentlicher Mangel in dem Erwerbsgeschäft (Verfügungsmacht, Geschäftsfähigkeit) vorliegt. Der Fremdbesitzer ist gutgläubig, wenn ihm ein solcher Mangel weder bekannt noch infolge grober Fahrlässigkeit unbekannt geblieben ist.

Erwirbt der Fremdbesitzer nicht vom Eigentümer, sondern von einem Dritten, der im Verhältnisse zu ihm mittelbarer Be-

---

[1] Lehrb. S. 265, Anm. 52.

[2] Prym, a. a. O., S. 79; Bunsen, a. a. O., S. 429.

sitzer bleibt, so kommt es darauf an, ob das Rechtsgeschäft dem Eigentümer gegenüber wirksam ist. Trifft dies zu, so ist auch der unmittelbar besitzende Fremdbesitzer dem Eigentümer gegenüber zum Besitz berechtigt. Ist das Rechtsgeschäft dem Eigentümer gegenüber nicht wirksam, so ist der Fremdbesitzer nicht in gutem Glauben, wenn ihm der Mangel der Wirksamkeit des Rechtsgeschäfts bekannt oder infolge grober Fahrlässigkeit unbekannt geblieben ist. Und zwar kommt es in diesem letzteren Falle darauf an, daß er bzw. sein mittelbarer Besitzer im Verhältnis zum Eigentümer zum Besitz nicht berechtigt ist, daß sich also der böse Glaube des Fremdbesitzers auf sein Verhältnis zum Eigentümer erstreckt. Ein böser Glaube des Fremdbesitzers hinsichtlich des Verhältnisses zu seinem mittelbaren Besitzer kommt dem Eigentümer gegenüber nicht in Betracht; ebenso wird aber umgekehrt dem Eigentümer gegenüber eine Haftung des Besitzers nicht dadurch ausgeschlossen, daß er im Verhältnis zu seinem mittelbaren Besitzer gutgläubig, im Hinblick auf den Eigentümer dagegen bösgläubig ist[1]. Beispiel: Der geschäftsunfähige A verpfändet eine dem B gehörige Sache dem C. Hinsichtlich des mangelnden Eigentums des A ist C gutgläubig, die Geschäftsunfähigkeit des A dagegen ist ihm zwar nicht bekannt, aber aus grober Fahrlässigkeit unbekannt geblieben.

In diesem Falle ist allerdings C nicht zum Besitz der Sache berechtigt, aber nur dem A gegenüber, nicht dagegen in seinem Verhältnis zu B. Letzteres ergibt sich daraus, daß C, falls A geschäftsfähig gewesen wäre, ein Pfandrecht an der Sache erworben hätte. C ist demnach im Hinblick auf den Eigentümer B nicht als unredlicher Besitzer anzusehen.

Für die Beweislast ergibt sich aus der Fassung des Gesetzes — § 993 spricht schlechthin vom Besitzer —, daß ihm die Vermutung der Redlichkeit so lange zur Seite steht, bis der Nachweis erbracht ist, daß ein die Haftung erhöhender Umstand (Unredlichkeit, Rechtshängigkeit, deliktmäßiger Besitzerwerb) vorliegt.

---

[1] Mot. III, 406; Goldmann-Lilienthal, S. 316, Anm. 14.

1. Nutzungen.

a) Hinsichtlich der Früchte erleidet die Rechtsstellung des redlichen Besitzers eine Einschränkung. Es beruht dies darauf, daß unter den Fruchtbegriff des BGB. (§ 99) auch Früchte fallen, die wirtschaftlich nicht als solche anzusehen sind. Insoweit der gutgläubige Besitzer Früchte gezogen hat, die nach den Regeln einer ordnungsmäßigen Wirtschaft nicht als Ertrag anzusehen sind, muß er diese dem Eigentümer nach den Grundsätzen einer ungerechtfertigten Bereicherung herausgeben (§ 993 Absatz 1, Satz 1).

Diese Ausnahme gilt aber nur für Früchte, nicht auch für andere Nutzungen. Macht z. B. der redliche Besitzer einen über die Regeln einer ordnungsmäßigen Wirtschaft hinausgehenden Gebrauch von der Sache, so ist er zur Herausgabe eines hierdurch erlangten Vorteils nicht verpflichtet.

b) Eine weitere Einschränkung gilt gemäß § 988 BGB. für denjenigen redlichen Besitzer, der den Besitz unentgeltlich erlangt hat, z. B. im Falle einer schenkungsweise erfolgten, nichtigen Auflassung eines Grundstückes. Ein solcher Besitzer ist zur Herausgabe der gesamten Nutzungen (natürliche, bürgerliche Früchte und der Vorteile, welche der Gebrauch der Sache gewährt), die er vor Eintritt der Rechtshängigkeit zieht, nach den Regeln über die ungerechtfertigte Bereicherung verpflichtet. Soweit in dem Falle zu a die Früchte, im Falle zu b die Nutzungen nicht mehr vorhanden sind, ist deren Wert zu ersetzen (§ 818 Absatz 2 BGB). Ist die Bereicherung inzwischen weggefallen, so ist auch die Verpflichtung zur Herausgabe erloschen (§ 818 Absatz 3 BGB).

2. Schadenersatz.

Für die an der Sache vor Eintritt der Rechtshängigkeit vorgenommenen Handlungen, die eine Verschlechterung oder Zerstörung der Sache zur Folge haben, hat der redliche Besitzer nicht einzustehen. Ob ihm bei Vornahme dieser Handlungen ein Verschulden zur Last fällt, ist unerheblich. Solange er sich für zum Besitz berechtigt halten durfte, kann er mit der Sache wie ein Eigentümer verfahren. Es handelt sich, wie Wolff[1] her-

[1] Wolff, Lehrb., § 85 II.

vorhebt, um ein „Verschulden in eigenen Angelegenheiten, das dem Besitzer nicht deshalb als ein Verschulden angerechnet werden kann, weil ein anderer in Wahrheit Eigentümer ist".

a) Uneingeschränkt kann diese Regel aber nur für den Eigenbesitzer gelten. Nimmt der Fremdbesitzer eine Veränderung oder Verschlechterung an der Sache vor, die über den Rahmen seines vermeintlichen Besitzrechts hinausgeht, so ist er insoweit dem Eigentümer schadenersatzpflichtig, als er ihm auch beim Bestehen des Besitzrechts zum Schadenersatz verpflichtet gewesen wäre. Beispiel: Der Eigentümer A verpachtet sein Grundstück an B. Später stellt sich heraus, daß A bei Abschluß des Vertrages geschäftsunfähig, der Pachtvertrag also nichtig war. Hat nun B eine Verschlechterung des Grundstücks herbeigeführt, für die er auch als Pächter hätte einstehen müssen, so ist er in gleicher Weise dem Eigentümer schadenersatzpflichtig.

Im Gesetz steht dies freilich direkt nicht, muß aber ohne Widerspruch als richtig anerkannt werden[1]. Nötigenfalls kann man es aus der Vorschrift des § 991 Absatz 2 BGB. herleiten. Prym[2] sucht insbesondere auf Grund der Entstehungsgeschichte den Nachweis zu führen, daß in § 993 BGB. folgende Vorschrift vergessen sei: „Die Haftung eines Besitzers, der nicht Eigentümer ist, wegen verschuldeter Beschädigung der Sache bleibt unberührt".

b) § 991 Absatz 2 BGB. behandelt nur den Fall, unter welchen Voraussetzungen ein redlicher Besitzmittler dem Eigentümer gegenüber schadenersatzpflichtig ist: „War der Besitzer beim Erwerb des Besitzes im guten Glauben, so hat er gleichwohl von dem Erwerb an den in § 989 bezeichneten Schaden dem Eigentümer gegenüber insoweit zu vertreten, als er dem mittelbaren Besitzer verantwortlich ist".

Diese Vorschrift beruht auf der Erwägung, daß der Besitzmittler, z. B. ein Pächter, der die fremde Sache beschädigt, durch diese Handlung nicht nur seine Vertragspflichten gegenüber seinem mittelbaren Besitzer, dem Verpächter, verletzt,

[1] Wolff, Lehrb., § 85 II.

[2] a. a. O., S. 77 ff.

sondern gleichzeitig auch eine schuldhafte Beschädigung des Eigentums herbeiführt, für die er auch dem Eigentümer gegenüber einstehen muß[1].

Das Gesetz gibt dem Eigentümer einen Schadenersatzanspruch aus eigenem Recht. Der Anspruch entsteht unmittelbar in seiner Person. Es gehen nicht etwa die Ersatzansprüche des mittelbaren Besitzers kraft einer cessio legis auf den Eigentümer über[2]. Der Eigentümer und mittelbare Besitzer stehen zueinander im Verhältnis einer „unechten Gesamtgläubigerschaft". Die Ansprüche beider bestehen nebeneinander mit der Maßgabe, daß der mittelbare Besitzer nur Leistung an den Eigentümer verlangen kann. Soweit jedoch der Besitzmittler an den mittelbaren Besitzer leistet, wird er durch die Leistung befreit, vorausgesetzt, daß er ihn ohne grobe Fahrlässigkeit für den Eigentümer gehalten hat[3].

Die Frage, ob § 991 Abs. 2 BGB. ein Verschulden voraussetzt, kann nicht mit der Begründung bejaht werden, daß diese Vorschrift auf §§ 989 BGB., welcher seinerseits ein Verschulden voraussetzt, Bezug nimmt[4]. § 991 Absatz 2 BGB. verweist nur in objektiver Hinsicht auf den im § 989 bezeichneten Schaden. In subjektiver Beziehung kommt es für die Entstehung des Schadenersatzanspruches des Eigentümers lediglich darauf an, ob die das Eigentum schädigende Handlung auf einem Umstande beruht, den der Besitzmittler auch seinem mittelbaren Besitzer gegenüber zu vertreten hat.

Somit wird unter Umständen der Besitzmittler dem Eigentümer auch für einen zufälligen Untergang der Sache einzustehen haben.

c) Zur Begründung einer Schadenersatzpflicht und der Verpflichtung zur Herausgabe von Nutzungen des redlichen Besitzers können neben den §§ 987 ff. BGB. nicht anderweitige

---

[1] Prot., S. 3981 (Mugdan, S. 678).

[2] Biermann, Staudinger zu § 991 II.

[3] v. Tuhr, Krit. Vierteljahrsschr. f. Gesetzgeb., Bd. VII, 4. Heft, S. 588; Wolff, Lehrb., § 85 II, Anm. 21.

[4] Staudinger zu § 991, 2; Planck zu § 991, 2; Kunze, Die Haftung . . S. 111.

Gesetzesvorschriften (§§ 823, 286, 280, 812 BGB.) herangezogen werden. Die Haftung für Nutzungen und Schadenersatz zwischen Eigentümer und Besitzer ist in den §§ 987 ff. erschöpfend geregelt.

§ 993 Absatz 1 (2. Halbsatz) BGB. besagt, daß der redliche Besitzer „im übrigen", d. h. soweit nicht in den vorangehenden §§ 987 ff. Sondervorschriften gegeben sind, weder zur Herausgabe von Nutzungen noch zum Schadenersatz verpflichtet ist.

Dieser Satz läßt eine Schlußfolgerung dahin, daß der redliche Besitzer — abgesehen von den Vorschriften der §§ 987 ff. — zum Schadenersatz und zur Herausgabe von Nutzungen nicht verpflichtet sei, nicht zu[1]. Hieraus ist m. E. lediglich der Schluß gerechtfertigt, daß der redliche Besitzer, soweit die Vorschriften der §§ 987 ff. in Betracht kommen, grundsätzlich von jeder Haftung frei ist. Damit ist aber noch keineswegs die Frage entschieden, ob nicht aus anderen rechtlichen Gesichtspunkten eine Haftung begründet ist.

Einen schon sicheren Schluß läßt — soweit es sich um die Vorschriften der §§ 823 ff. handelt — der angezogene § 993 Absatz 1 (2. Halbsatz) in Verbindung mit § 992 BGB. zu. „Hat sich der Besitzer durch verbotene Eigenmacht oder durch eine strafbare Handlung den Besitz verschafft, so haftet er dem Eigentümer nach den Vorschriften über den Schadenersatz wegen unerlaubter Handlungen."

Hieraus ist auf Grund eines argumentum e contrario zu schließen, daß ein Besitzer, der den Besitz nicht unter den Voraussetzungen des § 992 erlangt hat, nicht nach den Vorschriften der unerlaubten Handlung haftet.

Jeder Zweifel wird aber beseitigt, wenn man auf das innere Verhältnis der Vorschriften §§ 987 ff. BGB. zu §§ 823, 286, 280, 812 BGB. zueinander eingeht:

Zu § 823 BGB.: Man könnte auf den Gedanken kommen, daß der redliche Besitzer, der sich ohne grobe Fahrlässigkeit für zum Besitz berechtigt hält, dennoch das Eigentum verletzen könne, wenn sein Glaube auf leichter Fahrlässigkeit beruht.

---

[1] Bunsen, a. a. O., S. 436.

Beispiele: Ein Besitzer hält sich infolge leichter Fahrlässigkeit für den Eigentümer und führt eine Verschlechterung an der Sache herbei. — Der Verwahrer einer Sache hält sich infolge leichter Fahrlässigkeit für den Mieter der Sache und nutzt infolge dieses Irrtums die Sache als ordnungsmäßiger Mieter.

In beiden Fällen wird ohne Zweifel infolge geringer Fahrlässigkeit das Eigentum verletzt; die Handlungsweise ist auch an sich rechtswidrig. Somit sind also scheinbar die Voraussetzungen des § 823 Absatz 1 BGB. gegeben.

Man wird aber anzunehmen haben, daß die Handlungsweise des redlichen Besitzers dennoch nicht „rechtswidrig" im Sinne des § 823 BGB. ist.

Das Gesetz gibt dem redlichen Besitzer ein Recht auf den Gebrauch der Sache. Dadurch wird dem an sich rechtswidrigen Verhalten des redlichen Besitzers der Charakter der Rechtswidrigkeit genommen. Andernfalls würde der Schutz, den das Gesetz dem redlichen Besitzer einräumt, daß er vor Eintritt der Rechtshängigkeit zum Schadenersatz nicht verpflichtet ist, hinfällig werden. Ein solcher Zwiespalt kann aber im Gesetz nicht beabsichtigt sein[1].

Es handelt sich in diesem Falle um die Anwendung des gleichen Grundsatzes, der auch bei der Konkurrenz zwischen Schadenersatzansprüchen aus Vertrag und unerlaubten Handlungen Anwendung finden muß. Soweit eine an sich zum Schadenersatz verpflichtende Handlung nach dem besonderen Vertragsverhältnis zulässig ist, liegt ein Ausschließungsgrund für die Widerrechtlichkeit im Sinne des § 823 vor; die Anwendung dieser Vorschrift ist daher ausgeschlossen. Hier wie dort handelt es sich um einen Fall von Gesetzeskonkurrenz[2].

Zu § 286 BGB.: Ferner kann auch aus dem Gesichtspunkte des Verzuges ein Anspruch gegen den redlichen Besitzer nicht hergeleitet werden. Trotz Mahnung kommt der redliche Besitzer, solange er an sein Recht zum Besitz glauben darf, nicht

[1] Kunze, a. a. O., S. 113; Prym, a. a. O., S. 73 ff.; Siber, Rechtszwang, S. 114, 121; Fischer, Die Rechtswidrigkeit, Anm. 9, S. 266; R. G. 56, 316.

[2] Oertmann, Vorb. 5, zu § 823.

in Verzug, da die Rückgabe der Sache infolge eines Umstandes — nämlich seiner Redlichkeit — unterbleibt, den er nicht zu vertreten hat. Die Vorschrift des § 990 BGB. Absatz 2 gilt nur für den unredlichen Besitzer[1].

Zu § 280 BGB.: Aus den gleichen Erwägungen heraus ist zur Begründung eines Schadenersatzanspruchs auch die Anwendung der Vorschriften über verschuldete Unmöglichkeit der Leistung ausgeschlossen[2].

Zu § 812 BGB.: Wegen der gezogenen Nutzungen kann der redliche Besitzer des weiteren nicht auf Grund der Vorschriften über die ungerechtfertigte Bereicherung in Anspruch genommen werden. Nach § 993 BGB. ist er vor der Rechtshängigkeit zur Herausgabe von Nutzungen nicht verpflichtet. Hieraus ergibt sich, daß die Vermögensverschiebung nicht ungerechtfertigt ist, die Voraussetzung des § 812 BGB. „ohne rechtlichen Grund" also nicht erfüllt ist[3].

Die Untersuchung zeigt, daß die allgemeinen Vorschriften über unerlaubte Handlungen, Verzug, Unmöglichkeit der Leistung und ungerechtfertigte Bereicherung durch die Vorschriften der §§ 987 ff. BGB. abgeändert werden. Das Bedürfnis einer Sonderregelung ergibt sich daraus, daß bei Anwendung der erwähnten allgemeinen Vorschriften einerseits die Haftung des redlichen Besitzers zu unangemessenen Ergebnissen führen, andererseits aber beim unredlichen Besitzer und dem Besitzer nach eingetretener Rechtshängigkeit zu einem genügenden Schutz des Eigentums nicht ausreichen würden[4].

Abgesehen von der Haftung für Nutzungen finden aber die Vorschriften der ungerechtfertigten Bereicherung (§§ 812, 816 BGB.) gegenüber dem redlichen Besitzer dann Anwendung, wenn es sich um einen Verbrauch oder Veräußerung der Sache handelt. Die Ausnahmevorschrift des § 993 BGB. bezieht sich nur auf die Nutzungen der Sache. Hieraus folgt, daß im übrigen

---

[1] Goldmann-Lilienthal, § 51, Anm. 3.

[2] Prot., Mot. III, 409.

[3] R. G. i. J. W. 1912, S. 691.

[4] Mot. III, S. 394, 402; Planck, Vorb. zu § 987, 1; Wolff, Lehrb. § 85 I.

die Vorschriften über die ungerechtfertigte Bereicherung unberührt bleiben[1].

II. Mit Eintritt der Rechtshängigkeit des Herausgabeanspruchs tritt eine Änderung der Rechtslage ein. Das Gesetz legt dem Besitzer von diesem Zeitpunkte an eine Fürsorgepflicht hinsichtlich der Sache und der Nutzungen auf. Es beruht dies auf der Erwägung, daß der redliche Besitzer nach Erhebung der Klage mit der Möglichkeit des Unterliegens in dem Rechtsstreit rechnen muß und deshalb gewissermaßen als Verwalter einer fremden Sache anzusehen ist[2]. Im Falle abgeleiteten Besitzes treten die Wirkungen der Rechtshängigkeit nur gegenüber demjenigen Besitzer ein, gegen den die Klage erhoben ist. Der Eigentümer wird daher am zweckmäßigsten beide Besitzer gleichzeitig verklagen.

1. Nutzungen.

Nach § 987 Absatz 1 BGB. ist der Besitzer verpflichtet, die Nutzungen herauszugeben, die er nach Eintritt der Rechtshängigkeit zieht. Darunter fallen auch diejenigen Nutzungen, die der Eigentümer möglicherweise nicht gezogen hätte. Die Haftung des Besitzers nach der Rechtshängigkeit geht insoweit über die allgemeine Bereicherungshaftung und Haftung aus unerlaubter Handlung hinaus. Ferner hat er nach Absatz 2 § 987 auch die Früchte herauszugeben, die er bei ordnungsmäßiger Wirtschaft hätte ziehen können, durch sein Verschulden aber nicht gezogen hat.

Herausgegeben werden können naturgemäß nur diejenigen Früchte (bürgerliche und natürliche), welche der Besitzer gezogen und noch nicht verbraucht hat. Bei verbrauchten Früchten geht der Anspruch auf den Wertersatz. Es sind hier ergänzend die allgemeinen Vorschriften des Schuldrechts (§§ 275, 280 ff. BGB.) heranzuziehen. Desgleichen ist der Natur der Sache nach nur Wertersatz möglich bei den schuldhaft nicht gezogenen Früchten und den Gebrauchsvorteilen, welche die Sache gewährt.

---

[1] Goldmann-Lilienthal, S. 360, Anm. 6.

[2] Mot. III, 408; Denkschr. S. 136.

2. Schadenersatz:

Nach § 989 BGB. ist der Besitzer mit Eintritt der Rechtshängigkeit für den Schaden verantwortlich, der dadurch entsteht, daß infolge seines Verschuldens die Sache verschlechtert wird, untergeht oder aus einem anderen Grunde nicht herausgegeben werden kann. Für einen weiteren Schaden hat er nicht einzustehen, insbesondere nicht für den Schaden, der durch die Vorenthaltung des Besitzes (z. B. eine günstige Gelegenheit, die Sache zu verkaufen) entsteht[1].

Kann die Sache von dem Besitzer nicht herausgegeben werden, so ist also entweder die Sache „untergegangen" (objektive Unmöglichkeit) oder sie kann „aus einem andern Grunde" nicht herausgegeben werden" (subjektives Unvermögen). In letzterer Hinsicht ist zu unterscheiden: Hat der Besitzer nach eingetretener Rechtshängigkeit den Besitz der Sache einem Dritten übertragen auf Grund eines vor der Rechtshängigkeit begründeten Vertrages, so kann hierin „ein Verschulden" nicht erblickt werden. Überträgt er dagegen den Besitz nach eingetretener Rechtshängigkeit weiter, so ist damit ohne weiteres ein Verschulden begründet[2]. Er ist dem Eigentümer schadenersatzpflichtig, weil er nicht in der Lage ist, ihm den unmittelbaren Besitz zu übertragen. Allerdings ist hier die Vorschrift des § 325 ZPO. zu beachten, wonach das Urteil auch gegenüber dem dritten Besitzer wirkt. Ein „Schaden" liegt wohl erst dann vor, wenn der Eigentümer die Sache von dem Drittbesitzer nicht erlangen kann, weil dieser gemäß § 325 Absatz 2 ZPO. geschützt ist.

Auf den Gesichtspunkt des Verzuges kann auch beim Besitzer nach der Rechtshängigkeit ein Schadenersatzanspruch nicht gestützt werden. Wie bereits erwähnt, gilt die Vorschrift des § 990 Absatz 2 nur für den unredlichen Besitzer. Durch die Klageerhebung als solche wird aber der redliche Besitzer noch nicht unredlich, es sei denn, daß die klagebegründeten Tatsachen so klar und überzeugend sind, daß kein Zweifel an seiner Nichtberechtigung bestehen kann. Dann aber beurteilt sich die

[1] Mot. III, 407.

[2] Rechtsprechung der O.-L.-G., Bd. 8, S. 191.

Rechtslage nach den für den unredlichen Besitzer gegebenen Vorschriften.

III. War der Besitzer beim Erwerb des Besitzes nicht in gutem Glauben[1], so haftet er nach § 990 Absatz 1, Satz 1 BGB. von der Zeit des Erwerbes an wie ein Besitzer nach eingetretener Rechtshängigkeit (gemäß §§ 987, 989 BGB.). Ist der Besitzer bei Erlangung des Besitzes gutgläubig, erfährt er aber nachher, daß er zum Besitz nicht berechtigt ist, so tritt die Haftung mit diesem Zeitpunkte ein (§ 990 Absatz 1, Satz 2 BGB.).

Während beim Erwerb des Besitzes auch grobe Fahrlässigkeit den bösen Glauben begründet, gilt dies also nicht für den nachträglich eintretenden bösen Glauben; hier wird ein positives „Erfahren" gefordert. In dieser Hinsicht genügt nicht der Nachweis, daß der Besitzer Tatsachen erfahren hat, die seine Nichtberechtigung ergaben, sondern es muß weiterhin festgestellt werden, ob diese Tatsachen auch geeignet waren, eine überzeugende Kenntnis von seiner Nichtberechtigung zu vermitteln.

Ob dies zutrifft, kann nur nach Lage des einzelnen Falles entschieden werden. Man wird hierbei davon auszugehen haben, ob sich auf Grund der in Erfahrung gebrachten Tatsachen für einen verständigen und besonnenen Mann der Schluß ergab, daß er zum Besitz nicht berechtigt sei[2]. Bei verwickelter Sach- und Rechtslage kann es der Besitzer unter Umständen, ohne daß es ihm als ein Verschulden angerechnet werden kann, darauf ankommen lassen, zu welcher Entscheidung das Gericht kommen wird[3].

1. Eine Ausnahme hinsichtlich der Haftung für Nutzungen — wegen der Haftung für Schadenersatz verbleibt es bei den Vorschriften der §§ 990, 989 — ist gegeben, wenn der unredliche Besitzer sein Recht zum Besitz von einem mittelbaren Besitzer ableitet. Die Vorschriften der §§ 990, 987 BGB. finden auf den unmittelbaren Besitzer nur dann Anwendung, wenn auch der mittelbare Besitzer bösgläubig oder ihm gegenüber die Rechtshängigkeit eingetreten ist (§ 991 Absatz 1 BGB.).

[1] Vgl. S. 46 ff.

[2] Josef in Gruchot, 51, 536.

[3] R. G. in J. W. 1905, 494.

Diese Vorschrift bezweckt den Schutz des redlichen, mittelbaren Besitzers. Letzterer würde andernfalls dem unmittelbaren Besitzer auf Grund des zwischen ihnen bestehenden Vertragsverhältnisses ersatzpflichtig sein, falls und soweit der Eigentümer von dem unmittelbaren Besitzer die Herausgabe der Nutzungen im vollen Umfange mit Erfolg herausverlangen würde[1].

Beispiel: A ist gutgläubiger Eigenbesitzer eines dem B gehörigen Grundstücks und verpachtet es an C. Letzterem ist das Nichteigentum des A infolge grober Fahrlässigkeit unbekannt geblieben. Hier nimmt C trotz seiner Unredlichkeit hinsichtlich der Haftung für Nutzungen dem Eigentümer B gegenüber die Rechtsstellung eines redlichen Besitzers ein, solange A gutgläubig und unverklagt ist.

Dies kann jedoch nicht gelten, wenn C bei Abschluß des Pachtvertrages das Nichteigentum des A kannte. In diesem Falle kann C gegen A einen Regreßanspruch nicht geltend machen, da ihm der Rechtsmangel bei Abschluß des Vertrages bekannt war (§§ 541, 539 Satz 1, 581 Absatz 2 BGB.).

Im Gesetz ist freilich dieser Unterschied nicht gemacht. Man muß aber unter Berücksichtigung des Zweckes des § 991 Absatz 1, den redlichen mittelbaren Besitzer gegen Regreßansprüche des unmittelbaren Besitzers zu schützen, im Wege einschränkender Auslegung zu diesem Ergebnis kommen, andernfalls sich eine unbegründete Bevorzugung des unredlichen Besitzers zum Nachteil des Eigentümers ergeben würde[2].

2. Kommt der unredliche Besitzer in Verzug, so haftet er nach den Grundsätzen des Schuldrechts (§ 990 Absatz 2 BGB.). Die Verzugfolgen treten ein, wenn er trotz Mahnung oder Klageerhebung (§ 284 BGB.) die Sache schuldhaft nicht herausgibt. Die Nichtherausgabe der Sache kann auch beim unredlichen Besitzer unverschuldet sein. Es steht ihm insbesondere der Entlastungsbeweis aus § 285 BGB. dahin offen, daß er ohne

---

[1] Mot. III, 406.

[2] Vgl. Wolff, Lehrb. § 85 I 5; Endemann, S. 597, Anm. 27.

Fahrlässigkeit nicht gewußt habe, daß gerade der Kläger der Eigentümer sei[1].

Der im Verzuge befindliche unredliche Besitzer haftet dem Eigentümer für den gesamten diesem entstandenen Schaden, auch für den entgangenen Gewinn, den der Eigentümer hätte ziehen können, der Besitzer aber ohne Verschulden nicht gezogen hat. Ferner haftet er auch für den Schaden, der dem Eigentümer durch die Vorenthaltung des Besitzes entstanden ist, und endlich hat er sogar für eine auf Zufall beruhende Unmöglichkeit einzustehen, es sei denn, daß der Schaden auch bei rechtzeitiger Leistung eingetreten sein würde (§§ 286, 287 BGB.).

Wie bereits erwähnt, bezieht sich die Vorschrift des § 990 Absatz 2 nur auf den unredlichen Besitzer. Ist aber ein redlicher Besitzer zur Herausgabe aufgefordert oder ihm gegenüber die Rechtshängigkeit eingetreten, und wird er nachher bösgläubig, so sind damit auch ihm gegenüber die Voraussetzungen des § 990 Absatz 2 BGB. gegeben. Es bedarf nach Eintritt der Bösgläubigkeit nicht etwa noch einer erneuten Mahnung.

Das Gesetz verweist in § 990 Absatz 2 auf die Vorschriften des Schuldrechts und in § 292 BGB. auf die Vorschriften der §§ 987 ff., so daß scheinbar ein circulus vitiosus gegeben ist. Dies ist aber nicht der Fall, denn durch die Erhebung der Eigentumsklage kommt der Besitzer noch nicht ohne weiteres in Verzug[2], und ferner gewährt der § 292 BGB. im Falle der Rechtshängigkeit dem Gläubiger gegenüber dem Schuldner, der einen bestimmten Gegenstand herauszugeben hat, die Ansprüche aus §§ 987 ff. als Mindestmaß dessen, was er verlangen kann. Letztere Vorschriften kommen nur in Betracht, „soweit sich nicht aus dem Schuldverhältnis oder dem Verzuge des Schuldners zugunsten des Gläubigers ein anderes ergibt“[3].

IV. Der Besitzer einer Sache, welcher sich den Besitz durch „verbotene Eigenmacht“ oder durch eine „strafbare Handlung“ verschafft hat, haftet dem Eigentümer nach den Grundsätzen über Schadenersatz wegen unerlaubter Handlung (§ 992 BGB.).

[1] Mot. III 409.

[2] Vgl. oben S. 58.

[3] Siméon: Lehrb. S. 752 Anm. 10.

Ein solcher Besitzer braucht nicht notwendig unredlich, er kann auch redlich sein. Beispiel: Jemand, der sich, ohne daß ihm der Vorwurf der Unredlichkeit gemacht werden kann, für den Mieter einer Wohnung hält — der Mietvertrag ist wegen Geschäftsunfähigkeit des Vermieters nichtig —, setzt sich durch Begehung eines Hausfriedensbruchs in den Besitz der Wohnung.

Es erhebt sich hier die Frage, ob schlechtweg an die Besitzverschaffungshandlung durch „verbotene Eigenmacht" eine Haftung aus § 823 BGB. geknüpft ist, ohne Rücksicht darauf, ob dem Besitzer bei Begehung der verbotenen Eigenmacht ein Verschulden zur Last fällt. Die Frage ist unbedenklich zu verneinen[1].

Zwar setzt die „verbotene Eigenmacht": „Wer dem Besitzer ohne dessen Willen den Besitz entzieht oder im Besitz stört, handelt, sofern nicht das Gesetz die Entziehung oder die Störung gestattet, widerrechtlich" (§ 858 BGB.), ihrem Begriffe nach kein Verschulden voraus. Soll aber aus einer durch verbotene Eigenmacht begründeten Handlung eine Verpflichtung zum Schadenersatz hergeleitet werden, so muß die verbotene Eigenmacht auch schuldhaft begangen sein. Der Täter muß gewußt oder schuldhaft nicht gewußt haben, daß er unerlaubte Eigenmacht beging. Der § 992 BGB., welcher auf die Haftungsvorschriften der unerlaubten Handlung verweist, ist dahin auszulegen, daß nicht nur die Wirkungen, sondern auch die Voraussetzungen der unerlaubten Handlung gegeben sein müssen[2].

Beispiel: Jemand setzt sich auf Grund eines auf den ersten Blick gültigen Testaments, das sich erst bei späterer eingehenderer Prüfung als ungültig herausstellt, in den Besitz einer Erbschaft.

Hier hat sich der Besitzer zweifellos durch verbotene Eigenmacht den Besitz verschafft. Es würde nun aber jedem Rechtsgefühl widersprechen, wollte man den Besitzer, dem ein Verschulden nicht zur Last fällt, aus § 992 haften lassen. Eine solche Auffassung stände auch mit einem grundsätzlichen Standpunkt

---

[1] Denkschrift, S. 107; Planck zu § 992, 2a; R. G. 55, 57; a. A. Endemann, Lehrb., S. 594, Anm. 11; zweifelnd: Cosack, Lehrb., Bd. 2, S. 164.

[2] Wolff, Lehrb., § 85 II 4; Goldmann-Lilienthal, S. 364, Anm. 26.

des BGB., dem Verschuldungsprinzip bei der Verpflichtung zum Schadenersatz, im Widerspruch.

Unter den Begriff „strafbare Handlung" fällt jede mit öffentlicher Strafe bedrohte Handlung. Eine solche setzt begrifflich ein Verschulden (Vorsatz oder Fahrlässigkeit) in strafrechtlichem, und da in dieser Hinsicht gegenüber dem Zivilrecht keine Unterschiede bestehen, auch im Sinne des letzteren voraus. Die bei der verbotenen Eigenmacht erörterte Frage nach dem Verschulden hat also hier keine Bedeutung[1].

Was den Umfang der Verpflichtung angeht, so hat ein solcher Besitzer alle Nutzungen zu ersetzen, die der Eigentümer ohne die Entziehung der Sache gezogen hätte, ferner diejenigen, die er selbst gezogen hat und hätte ziehen können, auch wenn sie der Eigentümer nicht gezogen haben würde.

Letzterer erhält allerdings hierdurch unter Umständen mehr, als er ohne die Vorenthaltung der Sache gehabt hätte. Für die Ausdehnung der Haftung auch auf die Früchte, die der Eigentümer nicht gezogen haben würde, spricht aber der für die Bereicherungshaftung geltende § 818 Absatz 1 BGB., denn es ist nicht anzunehmen, daß die Haftung aus unerlaubter Handlung geringer sein soll, als die aus ungerechtfertigter Bereicherung. Das Gesetz sieht vielmehr, wie sich aus § 852 BGB. ergibt, die letztere Haftung gegenüber der ersteren als die geringere an.

Weiter haftet der Besitzer für den Schaden, der durch Beschädigungen und Verschlechterungen der Sache und durch Vorenthaltung des Besitzes entsteht; endlich auch für den zufälligen Untergang, es sei denn, daß durch den Zufall die Sache auch beim Eigentümer betroffen sein würde.

Es ist darauf hinzuweisen, daß der § 992 BGB. die deliktmäßige Haftung auf solche Handlungen beschränkt, durch welche sich der Besitzer „den Besitz" verschafft hat. Schädigende Handlungen, die später an der Sache vorgenommen werden, unterliegen den oben dargestellten Vorschriften (§ 990, 989 BGB.)[2].

---

[1] Weyl, System der Verschuldungsbegriffe, S. 356 f.

[2] Mot. III, 410.

Biermann[1] und Planck[2] sind der Meinung, daß die verbotene Eigenmacht oder die strafbare Handlung gegen den Eigentümer begangen sein müsse, da nur in diesem Falle eine Haftung nach den Vorschriften über den Schadenersatz wegen unerlaubter Handlung dem Eigentümer gegenüber gegeben sei. Eine nähere Begründung für ihre Ansicht geben sie nicht. M. E. ist aber auch kein Grund ersichtlich, weshalb nicht derjenige, der die verbotene Eigenmacht oder strafbare Handlung gegenüber einem Besitzvermittler des Eigentümers oder gar gegenüber einem sonstigen im Besitz befindlichen Dritten begeht (z. B. dem Finder die Sache wegnimmt), dem Eigentümer nicht nach § 992 BGB. haften sollte.

V. Die Ansprüche aus §§ 987—993 auf Nutzungen und Schadenersatz sind ihrem Wesen nach persönlicher Natur[3]; ausgenommen ist der Anspruch gegen den bösgläubigen Besitzer auf die noch vorhandenen Früchte. Dies ist ein dinglicher Anspruch, denn die Früchte fallen ohne weiteres in das Eigentum des Sacheigentümers (§ 955 Absatz 1 BGB.). Im übrigen fließen die Ansprüche aus dem gesetzlichen Schuldverhältnisse zwischen Eigentümer und Besitzer[4]. Zwischen ihnen und dem Eigentumsrecht besteht aber insofern ein Zusammenhang, als sie das Eigentum zur Grundlage haben. Mit dem Verlust des Eigentums gehen diese Ansprüche unter. Auf den neuen Erwerber gehen sie nur kraft besonderer Abtretung über[5].

Regelmäßig werden die Ansprüche auf Nutzungen bzw. Schadenersatz mit dem Anspruch auf Herausgabe verbunden. Die Verbindung ist jedoch keineswegs notwendig, sie können auch allein erhoben werden.

VI. Das Verhältnis der §§ 987 ff. zu den Vorschriften der unerlaubten Handlungen ist oben erörtert worden[6]. Aus dem dort Gesagten ergibt sich, daß die §§ 987 ff. gegenüber den

[1] Zu § 992.
[2] Zu § 992 2a.
[3] a. A.: Bunsen, a. a. O., S. 432.
[4] Planck zu § 985, 1b; R. G. 46, 145.
[5] a. A.: Wolff, Lehrb., § 85 I.
[6] Vgl. oben S. 51 ff.

§§ 823 ff. die spezielleren sind. Was ihr Verhältnis zu den vertraglichen Ansprüchen betrifft, so ist aus der Gegenüberstellung von gutgläubigem und böswilligem Besitzer zu folgern, daß die Ansprüche aus § 987 ff. nur für einen dem Eigentümer gegenüber zum Besitz nicht berechtigten, einen „unrechtmäßigen" Besitzer gelten können[1]. Wie bereits ausgeführt, muß sich der gute Glaube des Besitzers darauf erstrecken, daß ihm beim Erwerbe des Besitzes nicht bekannt ist — ohne daß ihm hierbei eine grobe Fahrlässigkeit zur Last fällt —, daß er dem Eigentümer gegenüber nicht zum Besitz berechtigt ist. Hieraus folgt, daß von „gutem Glauben" oder dem Mangel eines solchen nur dann die Rede sein kann, wenn es sich um einen, dem Eigentümer gegenüber zum Besitz nicht berechtigten Besitzer handelt.

Das Ergebnis ist also kurz folgendes: Der „unrechtmäßige Besitzer" haftet dem Eigentümer nach den Vorschriften der §§ 987 ff.; nur wenn die Voraussetzungen des § 992 vorliegen, nach den Vorschriften über unerlaubte Handlungen.

Bei einem „rechtmäßigen" Besitzer bestimmt sich die Haftung in erster Linie nach dem vorliegenden Vertragsverhältnis, geht die schädigende Handlung über den Rahmen der sich innerhalb des Vertrages normalerweise bewegenden Handlungen hinaus, nach den Vorschriften über unerlaubte Handlungen.

---

[1] Siber, Rechtszwang, S. 118 ff.; Hellwig, Lehrb. S. 265; Kunze, a. a. O., S. 113; Oertmann, Vorb. zu § 823, 5 d.

Lebenslauf.

Ich, Ferdinand Karl Schlemmer, wurde am 4. Mai 1887 zu Essen a. d. Ruhr geboren. Nach Besuch der Volksschule und des Realgymnasiums meiner Heimatstadt bestand ich Ostern 1906 die Reifeprüfung. Ich widmete mich der juristischen Laufbahn und besuchte die Universitäten Marburg und Münster. Am 19. Juli 1909 bestand ich vor der Königl. Prüfungskommission für die erste juristische Staatsprüfung zu Hamm das Referendar-Examen. Seitdem bin ich im Oberlandesgerichtsbezirk Hamm als Referendar angestellt.